

MAGALI VOLPE

**O ABUSO DE DIREITO DE VOTO NAS
ASSEMBLÉIAS GERAIS DAS S.A.**

CURITIBA

2001

MAGALI VOLPE

**O ABUSO DE DIREITO DE VOTO NAS
ASSEMBLÉIAS GERAIS DAS S.A.**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná, como
requisito parcial para a obtenção do grau
de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo de Assis
Gonçalves Neto

CURITIBA

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

O ABUSO DE DIRETO DE VOTO NAS ASSEMBLÉIAS GERAIS DAS S.A.

Por

Magali Volpe

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos seguintes professores:

Orientador:

Prof. Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Prof. Márcia Carla Ribeiro

Prof. Edson Isfer

SUMÁRIO:

TERMO DE APROVAÇÃO	ii
SUMÁRIO	iii
RESUMO	iv
INTRODUÇÃO:	1
CAPÍTULO I – ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DE VOTO.....	3
1.1 Histórico:	3
1.2 O Direito De Voto:	6
1.2.1 Conceito e Características:	6
1.2.2 Da Natureza da Declaração Manifestada pelo Voto:.....	8
1.2.3 O Exercício do Direito de Voto:	9
1.3 Da Aquisição Do Direito De Voto:	12
1.3.1 Segundo a Espécie, Classe e Forma das Ações:	12
1.3.2 Do Direito de Voto das Ações Empenhadas, Gravadas com Usufruto e Alienadas Fiduciariamente:	15
1.3.3 Outras situações em que o direito de voto será adquirido:.....	16
1.4 Da Noção de Acionista Minoritário e Majoritário:.....	17
CAPÍTULO II – O ABUSO DO DIREITO DE VOTO – UMA ABORDAGEM TEÓRICA ..	20
2.1 O Abuso de Direito:	20
2.1.1 Teorias Subjetivas:	21
2.1.2 Teorias Objetivas:.....	23
2.1.3 Abuso de direito e figuras afins:	26
2.2 O Interesse Social:	27
2.2.1 Teorias Institucionalistas:	28
2.2.2 Teoria Contratualistas:	30
2.2.3 Teoria do Contrato-Organização:	33
2.2.4 A Posição Adotada pela Lei n.º 6.404/76:	34
2.2.5 Abuso De Direito De Voto E Conflito De Interesses:	37
CAPÍTULO III – O ABUSO DE DIREITO DE VOTO:.....	39
3.1 Alguns Casos Concretos:	42
3.3.1 O Abuso de Direito de Voto Pelo Acionista Controlador:.....	42
3.3.2 O Abuso de Direito de Voto Pelo Acionista Minoritário:.....	44
3.3.3 O Abuso de Direito de Voto Decorrente de Acordo de Acionistas:.....	45
3.3.3 O Abuso de Direito de Voto por Terceiros:	47
3.4 Sanções ao Voto Abusivo:	49
CONCLUSÕES:	53
BIBLIOGRAFIA:	56
ANEXO I:.....	60

RESUMO:

O direito de voto consiste no instrumento de formação da vontade da companhia, pela participação dos acionistas nas Assembléias Gerais das Sociedades Anônimas. Tendo em vista a importância deste direito, o presente trabalho propõe-se a sistematizar as circunstâncias bem como as sanções decorrentes do seu exercício abusivo. Para isso, serão abordadas várias questões atinentes ao direito de voto, para que, por fim, fique demonstrado que todas previsões legais de punição e de identificação do voto abusivo, surgidas no decorrer do tempo e principalmente das legislações, nada mais são do que mecanismos para a proteção do anonimato.

INTRODUÇÃO:

A presente monografia tratará do abuso de direito de voto nas sociedades anônimas tanto abertas quanto fechadas. O tema não se restringirá a um dos tipos de S.A (ou aberta ou fechada), visto que o direito de voto é inerente às ações de ambas. Porém, nas abertas, pode-se dizer que a repercussão de um possível abuso será maior, tendo em vista a sua estrutura diferenciada (Ex: comercialização de ações nas bolsas de valores, constante intervenção estatal no controle da sociedade, visando a proteção do investidor popular).

O direito de voto do acionista nas assembleias gerais, possui uma profunda conotação social, na medida que consiste no instrumento pelo qual é formada a vontade da companhia.

Mesmo que atualmente se fale, segundo o Professor Rubens Requião, de um enfraquecimento da Assembleias Gerais - tendo em vista a dispersão das ações (S.A. abertas) e o interesse dos acionistas, geralmente titulares de ações preferenciais, preocupados exclusivamente com os dividendos ou lucros decorrentes da especulação bolsista – o direito de voto deve ser visto como algo fundamental na estrutura societária, pois, não obstante a pouca participação do acionista na política societária, será única e exclusivamente por meio deste direito que ele poderá manifestar a sua vontade quanto aos negócios sociais - sempre tendo em vista, conforme adiante se verá, o interesse da companhia.

Além disso, diante da importância econômica das sociedades anônimas, principalmente das abertas, deve-se analisar as hipóteses em que estará caracterizado o abuso de direito de voto, uma vez o exercício indevido deste direito poderá gerar graves consequências não só para a companhia, mas também para os seus trabalhadores e toda a comunidade na qual atua.

Frente a todos estes aspectos, o presente trabalho propõe-se a analisar os elementos que caracterizam o voto abusivo, bem como demonstrar as sanções decorrentes de exercício irregular deste direito.

Para tanto serão abordados, primeiramente, alguns aspectos históricos do direito de voto. Ou seja, se traçará um comparativo entre a antiga legislação (Decreto n.º 2.627/40) e a atual lei societária (Lei n.º 6.404/76 alterada pelas Leis n.º 8.021/90 e 9457/97), ressaltando as principais alterações relativas ao direito de voto. Além disso, neste primeiro capítulo, serão analisados alguns aspectos gerais deste direito, tais como, o seu conceito, características, natureza jurídica, bem como os modos pelos quais pode ser exercido e adquirido. Por fim, serão feitas algumas considerações sobre o acionista controlador e o minoritário.

O segundo capítulo cuidará das noções de abuso de direito e interesse social. No que se refere ao abuso de direito, serão abordadas as discussões teóricas sobre esta figura, visando, sobretudo, demonstrar qual das teorias apresentadas foi a adotada pela Lei n.º 6.404/76. Delineado o instituto do abuso de direito, trataremos do interesse social. Aqui, após abordadas as teorias sobre este desenvolvidas, se discutirá a posição adotada pela lei societária. Derradeiramente, a fim de evitar a confusão entre conceitos de suma importância para o presente trabalho, distinguir-se-á o abuso de direito de voto do conflito de interesses.

Por fim, o terceiro capítulo será dedicado, especificamente, ao abuso de direito de voto e suas sanções. Por se desenvolver neste capítulo uma abordagem mais prática do tema proposto, serão apresentadas, também, algumas situações concretas em que estará caracterizado o voto abusivo.

Na sequência, seguirão as conclusões e as referências bibliográficas.

CAPÍTULO I – ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DE VOTO

1.1 HISTÓRICO:

O direito de voto nem sempre teve a mesma configuração que possui na legislação atual. Desde o surgimento das Sociedades Anônimas no Brasil, ou seja, em 1808 quando foi constituída a Companhia Geral do Grão-Pará e o Banco do Brasil S.A., vários diplomas legais disciplinaram este tipo de sociedade. Antes da Lei n.º 6.404/76, as S.A. estavam regulamentadas no Decreto-Lei n.º 2.627.

Neste Decreto o direito de voto estava previsto no art. 80, cuja redação foi mantida pela legislação atual¹. *“Art. 80 A cada ação comum ou ordinária corresponde um voto nas deliberações de assembléia geral, podendo os estatuto, entretanto, estabelecer limitações ao número de votos de cada acionista. § único: É vedado o voto plural.”* Contudo, embora a redação de tais dispositivos seja idêntica, as características do direito de voto em cada uma destas legislações são distintas.

Primeiramente, o Decreto-Lei n.º 2.627/40 não fazia menção sobre a possibilidade de serem realizados acordos de acionistas. Por mais que não houvesse uma vedação expressa, muitos estudiosos entediam que a negociação do direito de voto era ilícita, por ser o exercício deste direito personalíssimo *“e livre, de molde a não poder se condicionar a interesses de grupos”*²

Além disso, com relação ao abuso de direito voto, o Decreto de 1940, não tratou especificamente desta figura. Apenas dispôs no seu art. 95, que *“Responderá por perdas e danos o acionista que, tendo em uma operação interesses contrários aos da sociedade, votar deliberação que determine com o*

¹ Para fins de comparação o art. 110 da Lei n.º 6.404/76 assim dispõe: Art. 110: *A cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações de assembléia geral. §1.º O estatuto pode estabelecer limitações ao número de votos de cada acionista. § 2.º é vedado atribuir voto plural a qualquer classe de ações.*

² FERREIRA, Waldemar. Tratado de direito comercial – O estatuto da sociedade por ações. V. IV, São Paulo: Saraiva, 1961, p. 324.

seu voto a maioria necessária". Observe-se que esta legislação não fez uma distinção clara entre o conflito de interesses e o abuso de direito de voto. Entretanto não se pode negar que o Decreto de 1940, tenha "delineado" este instituto.

O antigo diploma não admitia, ainda, a divisão das ações em classes. Essa vedação decorria da existência de absoluta igualdade de direitos entre todas as ações ordinárias.³ Com isso, todos os proprietários de ações ordinárias poderiam exercer igualmente o direito de voto, uma vez que inexistia qualquer distinção entre tais ações capaz de limitar o exercício deste direito.

Já na Lei n.º 6.404/76 o instituto do direito de voto mudou substancialmente. Segundo Carvalhosa⁴, esta legislação adotou, em matéria de voto, a escola contratualista da common law. Explica este autor que *"no sistema jurídico anglo-americano o direito de voto, como as demais prerrogativas inerentes à qualidade de acionista, tem origem contratual. Daí resulta poder o titular da ação dispor do seu direito de voto."*⁵

A principal consequência decorrente da adoção dessa teoria, foi a Lei n.º 6.404/76 admitir, expressamente, no seu art. 118, a negociação do direito de voto por meio do acordo de acionistas. Segundo o entendimento de Lamy Filho e Bulhões Pedreira:

*"O acordo de acionistas, regulado no art. 118 da lei, constitui, sem dúvida, uma das inovações mais bem acolhidas e de maior utilização prática. Regulando um item até então objeto de dúvidas quanto à sua eficácia e juridicidade – que levava muitos acionistas a omitirem a existência de documento firmado na matéria – a nova regulamentação não apenas deu foros de cidade ao instituto (afastando-se embora dos modelos do direito continental europeu) como colocou à disposição do empresariado brasileiro um instrumento fundamental para suas associações minoritárias e mesmo majoritárias – como a prática tem revelado."*⁶

Já com relação ao abuso de direito de voto, foi a Lei n.º 6.404/76 que *"introduziu no Direito Brasileiro a noção fundamental de que o voto deve ser*

³ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Edição de 1997, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 324.

⁴ CARVALHOSA, Modesto. Ob. Cit., p. 325.

⁵ CARVALHOSA, Modesto. Ob. Cit., p. 325.

⁶ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A lei das s.a. V I, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 302.

*exercido no interesse da companhia*⁷, bem como fez uma distinção clara ente abuso de direito de voto (caput do art. 115) e conflito de interesses (§ 1.º art. 115). Além disso, diferentemente da legislação anterior, previu que o voto abusivo será sancionado, tenha ele prevalecido ou não na deliberação social.

Por fim, deve-se também ressaltar que com o advento da Lei n.º 6.404/76, o direito de voto, no que se refere às ações ordinárias das S.A fechadas, sofreu alguma restrição, tendo em vista a possibilidade da instituição de classes para este tipo de ações.⁸ Para Carvalhosa essa alteração rompeu com o princípio de que as ações ordinárias “*outorgavam absoluta igualdade de direito aos seus titulares*”⁹, uma vez que de acordo com a classe da sua ação, o acionista poderia ser impedido de votar na eleição para escolha do representante de um determinado cargo de administração da companhia.

Além disso, outra inovação trazida pela Lei n.º Lei 6.404 foi estabelecer, no seu art. 112, o não exercício do voto pelas ações ao portador. A finalidade dessa restrição foi “*assegurar a identificação do acionista ou grupo de controle, impondo-lhes suas responsabilidades e deveres*”¹⁰, tendo em vista que nas ações ao portador tal identificação era impossível.

Observe-se, ainda, que a partir de 1990, com a Lei n.º 8.021, não existem mais ações ao portador. O intuito do legislador, através da extinção dessa forma de ação, foi o de excluir a especulação financeira e a lavagem de dinheiro, facilitadas pela existência destas.

Do exposto, temos o voto como um direito que foi sendo delineado visando amoldar-se à estrutura e aos objetivos das S.A. Ou seja, tais mudanças na sua configuração nada mais são do que o reflexo do surgimento de novos fins à serem atingidos pelas Companhias.

⁷ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Ob. Cit., p. 301.

⁸ Art. 16. As ações ordinárias da companhia fechada poderão ser de classes diversas em função de:

...

III – direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos.

⁹ CARVALHOSA, Modesto. Ob. Cit., p. 326.

¹⁰ REQUIÃO, Rubens. Ob. Cit., p. 125.

Portanto, demonstrado como o direito de voto foi adquirindo a sua configuração atual, cumpre-nos, agora, fazer algumas considerações sobre os aspectos gerais de tal direito.

1.2 O DIREITO DE VOTO:

1.2.1 Conceito e Características:

*“Voto do acionista é a manifestação de sua vontade ou entendimento em assembléia, na fase de tomada de decisão relativa a cada ponto de pauta da sessão.”*¹¹ Segundo Bulgarelli¹² voto é um direito instrumental, uma vez consiste no meio utilizado pelo acionista para formar, integrar a vontade social.

Com efeito, por ser o voto um instrumento de realização do interesse social, o sócio tem o dever de exercê-lo com o fim de perseguir o interesse da companhia. Assim, *“o acionista, ao votar em uma assembléia, não exerce um verdadeiro direito subjetivo, vale dizer, não tutela um interesse próprio, do qual é o único titular, mas sim um interesse coletivo, que se refere a todos os outros sócios. Dessa forma, o voto é entendido como um poder, cujo exercício repercute na esfera de outrem.”*¹³

Além disso, o voto não é um direito essencial do acionista. Segundo o disposto no art. 109 da Lei n.º 6.404/76 são direitos essenciais deste: I – a participação nos lucros sociais, II – a participação do acervo da companhia, na hipótese de sua liquidação, III – a fiscalização da gestão dos negócios sociais, IV – a preferência para subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição e V – a retirada da sociedade nos casos previstos em lei.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito comercial. V. 2, 3.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 303.

¹² BULGARELLI, Waldírio, Ob. Cit., p.

¹³ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Conflito de interesses nas assembléias de S.A. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 43.

Note-se que o voto não está incluído neste rol, diante disso, não foi considerado pelo legislador como um direito essencial do acionista. Para Amador Paes de Almeida o voto é um direito especial, pois é reservado “a *titulares de determinadas espécies de ações*.”¹⁴

Outro aspecto que demonstra a não essencialidade do direito de voto é fato dele poder ser suspenso – quando o acionista que deixa de cumprir obrigação legal ou estatutária (Art. 120) - e até suprimido pelo estatuto – no caso de disposição sobre os direitos conferidos a uma ou mais classes de ações preferenciais.¹⁵

O direito de voto é manifestado nas Assembleias Gerais Ordinárias e Extraordinárias das sociedades anônimas abertas e fechadas. O regime jurídico do direito de voto nas S.A está previsto nos art. 110 a 115 da Lei n.º 6.404/76, que tratam da possibilidade de seu exercício nos diversos tipos de ações.

Além disso - e sem prejuízo da corrente que entende ser o voto, quando exercido, um poder do acionista - o voto pode ser entendido como um direito com encargo ou ônus e não como um dever, como é o caso do voto político.¹⁶ Afirma-se que o voto é um direito com encargo ou ônus, porque o acionista ao não o exercitar, assume o risco de que na Assembleia Geral seja tomada uma decisão contra os seus interesses.

Por fim, como uma última característica a ser apresentada, o voto é um direito próprio, isto é, reservado aos acionistas “*titulares de determinadas espécies e classes de ações*.”¹⁷ Isto, porque, conforme se verá, nem sempre o acionista será titular de uma ação, cuja espécie ou classe terá direito a voto.

Assim sendo, temos o voto como um direito não essencial do acionista mas que é próprio de determinadas espécies e classes de ações, sendo que este direito deve ser visto não como um dever, como é o caso do voto político, mas

¹⁴ ALMEIDA, Amador Paes. Manual das sociedades comerciais. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 277.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. Ob. Cit., p. 304.

¹⁶ CARVALHOSA, Modesto. Ob. Cit., p. 333.

¹⁷ CARVALHOSA, Modesto. Ob. Cit., p. 332.

sim como um direito com um encargo/ônus, ou ainda, quando exercido, um verdadeiro poder-dever do acionista.

1.2.2 Da Natureza da Declaração Manifestada pelo Voto:

Conforme acima mencionado, o entendimento da doutrina é no sentido de ser o voto, quando exercido, um verdadeiro poder do acionista, ou então um direito com ônus ou encargo (natureza jurídica). Já com relação à natureza da declaração manifestada por meio deste direito, parte da doutrina entende que é uma declaração de vontade, outra que é uma declaração de verdade e uma terceira e predominante corrente entende ser o voto uma declaração de vontade e de verdade. Contudo, conforme bem afirma Carvalhosa, a natureza de declaração de vontade ou de verdade dependerá do objeto do voto.¹⁸

O voto verdade é aquele por meio do qual o acionista exterioriza um entendimento – e não uma vontade – a cerca da fidelidade ou não do documento apresentado ao seu correspondente objeto¹⁹. Nesse sentido, Ulhôa Coelho irá afirmar que:

*“Nem todo o voto é uma manifestação de vontade. Quando a apreciação tem por objetivo as demonstrações financeiras as contas dos administradores e os laudos de avaliação, o voto exterioriza, a rigor, o entendimento do acionista quanto à correspondência entre o conteúdo desses documentos e a realidade. A aprovação significa que o acionista os considera fiéis ao respectivo objeto (o balanço retrata o patrimônio e seus desdobramentos, a prestação de contas indica a regularidade dos atos da administração, o laudo representa o valor de mercado do bem avaliado, etc.), e a reprovação, o inverso.”*²⁰

Além do voto de verdade existe o voto de vontade, que é aquele por meio do qual o acionista manifesta, declara a sua vontade. Diferentemente do que ocorre no voto verdade, no voto vontade o acionista irá fazer uma escolha e não simplesmente dizer se o que lhe foi apresentado corresponde ou não à realidade. É o que ocorre quando há a eleição dos administradores da companhia, ou

¹⁸ CARVALHOSA, Modesto. Ob. Cit., V. II, p. 334.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhôa. Ob. Cit., V. II, p. 304.

²⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. Ob. Cit., V. II, p. 303/304.

quando há uma deliberação sobre a mudança do capital social ou do estatuto da S.A.

Nestes casos o acionista estará manifestando sua opção pela alternativa que entende ser mais compatível com o interesse da companhia. Como já indica o próprio nome, no voto vontade haverá uma efetiva manifestação da vontade do acionista - que por sua vez representa a vontade da sociedade – sendo que a escolha deste dependerá de elementos de ordem subjetiva, enquanto que o voto verdade implicará numa análise objetiva dos elementos trazidos para a deliberação.

Feita essa diferenciação, tem-se que, dependendo do seu objeto, o voto poderá ser tanto vontade quanto de verdade²¹. Contudo, independentemente disso, deverá ser exercido consoante o princípio da boa-fé, bem como de acordo com a lei e com o estatuto social, sob pena de caracterizar-se como um voto abusivo.

1.2.3 O Exercício do Direito de Voto:

Por fim, quanto ao exercício do direito de voto, devem ser destacados os seguintes aspectos:

1.º - Em regra, a cada ação votante corresponde um voto nas deliberações sociais, independentemente de terem ou não valor nominal. A nossa legislação vedou o chamado voto plural (art. 110, § 1.º) contudo admitiu o voto múltiplo (art. 141). Apesar de parecerem dois institutos iguais o voto plural e o múltiplo não se confundem.

Segundo os ensinamentos de Fran Martins:

²¹ Em sentido contrário Galgano afirma ser o voto sempre uma declaração de vontade: “O voto é a declaração unilateral de vontade expressa pelo sócio em assembléia geral.” (in OLIVEIRA, Fernão Justen de. Abuso de direito do acionista minoritário. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Pós-Graduação em Direito, 1997. Dissertação de Mestrado, p. 149) Este entendimento é perfeitamente defensável na medida em que o acionista pode não aprovar as contas por entender que houve gasto excessivo ou, nos casos de abstenção quando há insegurança do acionista em relação às contas que aparentam estar corretas.

“ No voto plural, que seria atribuído a determinada classe de ações, existe uma desigualdade criada para a concessão de maior número de votos a uma ação em relação a outras, dentro ou fora da mesma classe ou categoria, já o voto múltiplo decorre de certas circunstâncias e diz respeito aos direitos dos acionistas e não das ações. Assim, por exemplo, a lei atual, apesar de proibir o voto plural admite o voto múltiplo quando, no art. 141, para assegurar aos acionistas minoritários a eleição de um membro do Conselho de Administração, permite os acionistas que representam um décimo, no mínimo, do capital social com direito a voto que requeiram a adoção do processo de voto múltiplo, segundo o qual cada ação dará direito a tantos votos quantos sejam os membros do Conselho, reconhecendo-se, ainda, ao acionista o direito de cumular os votos em um só candidato ou distribuí-los entre vários, o que, de uma certa forma, assegura a eleição de um representante dos minoritários para as funções de conselheiro.”²²

2.º - As ações não integralizadas têm direito a voto, desde que não haja nenhuma limitação ou ressalva estatutária. Segundo Carvalhosa *“o fundamento dessa igualdade encontra-se no fato de que as parcelas a se integralizarem constituem créditos líquidos e certos da companhia, sendo portanto, executíveis. Daí representarem o capital da companhia, embora não inteiramente realizado.”*²³ Assim, o titular de ações, mesmo que ainda não tenha integralizado todo o seu valor, poderá exercer o direito de voto, desde que não haja nenhuma limitação ou ressalva prevista no estatuto.

3.º - Um terceiro e importante aspecto a ser ressaltado é a possibilidade da realização de acordo de acionistas, versando sobre o exercício do direito de voto. A Lei n.º 6.404/76, previu no seu art. 118 que: *“Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício de direito de voto, deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.”*

O acordo de acionista, visando a defesa dos seus interesses comuns e legítimos, é um instituto que tem origem no direito comparado, principalmente no direito italiano – sindicato de acionistas – e no norte-americano – voting trust.

Apesar de o acordo de votos ter sua origem no instituto americano do *voting trust*, as diferenças entre estas duas figuras são marcantes. Isto por que, enquanto nos moldes da legislação brasileira é o próprio acionista – titular da ação - que exerce o direito de voto, no *voting trust* há uma completo

²² MARTINS, Fran. Comentários à lei das sociedades anônimas. V. II, tomo I, 1.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 42/43.

²³ CARVALHOSA, Modesto. Ob. Cit., V. II, P. 337.

desdobramento da propriedade da ação, pois *“transfere-se ao trustee o direito de voto, mantendo o acionista os direitos patrimoniais durante o prazo determinado no acordo. O acionista não é mais titular da ação, que passa fiduciariamente ao trustee.”*²⁴

Conforme afirma Carvalhosa, o *voting trust* é um *“instituto mais radical do que o acordo de votos, por envolver uma completa renúncia dos direitos políticos do acionista, não apenas de voto, mas inclusive no que se refere ao direito de fiscalização e informação dos negócios societários.”*²⁵

A principal finalidade destes acordos é, por meio da negociação de obrigações recíprocas que garantam certa permanência nas posições ocupadas por determinados acionistas, estabilizar as relações de poder no interior da companhia²⁶. Ou seja, *“o acordo de acionistas é, assim, o principal instrumento que o direito societário brasileiro reservou para a estabilização de posições acionárias.”*²⁷

Ulhôa Coelho descreve algumas situações em que é possível o acordo de acionista sobre o direito de voto. Vejamos: *“os acionistas que detêm juntos o controle da companhia podem contratar que todos votarão em determinadas pessoas para os cargos da diretoria; ou se reunirão previamente à assembléia para definir, por maioria, o voto que todos irão manifestar no conclave.”*²⁸

Importante ressaltar que caso este voto, objeto de acordo de acionista, seja exercido contra o interesse social, ele será considerado abusivo e haverá a conseqüente responsabilização dos acionistas envolvidos no acordo.

Por fim, segundo os ensinamentos de Fran Martins:

“Não deve ser confundido o acordo de acionista para o exercício do direito de voto com a cessão desse direito a quem não é acionista. No acordo de acionistas há, apenas, uma orientação uniforme para o exercício do voto, mas na realidade o acionista pode agir dessa maneira já que o direito de voto lhe é dado pela propriedade das ações. Já na

²⁴ CARVALHOSA, Modesto. Acordo de acionistas, p. 97.

²⁵ CARVALHOSA, Modesto. Acordo de acionistas, p. 98.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. Ob. Cit. V. II, p. 309.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhôa. Ob. Cit. V. II, p. 309, citando Modesto Carvalhosa e Barbi Filho.

²⁸ COELHO, Fábio Ulhôa. Ob. Cit. V. II, p. 309.

cessão do direito o que ocorre é que o proprietário da ação dissocia dessa o direito pessoal de votar, transferindo-o independentemente da transferência da ação. Por tal razão, não é admissível a cessão do direito de voto e a lei toma as providências necessárias para que esse direito seja exercido apenas pelos que são acionistas, para tanto exigindo a identificação das pessoas capacitadas a comparecer à assembléia, nos termos do art. 126.”²⁹

Ainda no que se refere ao exercício do direito de voto, de acordo com o disposto no art. 126 da Lei da S.A., o acionista poderá ser representado na assembléia geral por procurador, também acionista da sociedade, pelo administrador, pelo seu advogado e por instituição financeira, no caso da sociedades abertas. Nota-se, portanto, que em razão desta permissão legal, terceiros e não obrigatoriamente o próprio acionista exercerão o direito de voto, inerente a determinada ação.

Assim sendo, analisadas as características do direito de voto, a natureza da declaração de vontade por meio deste manifestada, bem como o seu exercício, passemos a analisar os casos em que o acionista adquire o direito de votar nas Assembléias Gerais das S.A..

1.3 DA AQUISIÇÃO DO DIREITO DE VOTO:

1.3.1 Segundo a Espécie, Classe e Forma das Ações:

As ações das Sociedades Anônimas, de acordo com a natureza dos direitos e vantagens atribuídas aos seus titulares, podem ser classificadas em: ordinárias, preferenciais e de fruição (art. 15 da Lei das S.A.).

As ações ordinárias, conforme o próprio nome indica, “*confere ao acionista os direitos de um sócio comum, ou seja, os direitos ordinários de sócio. O titular de uma ação dessa espécie não possui nenhuma vantagem, nem se sujeita a*

²⁹ MARTINS, Fran. Ob. Cit., p. 47/48.

*qualquer tipo de restrição, relativamente aos direitos que normalmente são atribuídos aos sócios.*³⁰

Além dos direitos essenciais previstos no art. 109 da Lei n.º 6.404/76, o art. 110 deste mesmo diploma legal dispõe que: *“A cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações da assembleia-geral. § 1.º O estatuto pode estabelecer limitações ao número de voto de cada acionista.”*

Contudo, com relação às Sociedades Anônimas Fechadas³¹, o voto inerente às ações ordinárias pode ser limitado, segundo a classe da ação. Deste modo, conforme o disposto no art. 16, III da Lei das S.A poderá ser criada classe de ações ordinárias a fim de conceder, em separado, direito de voto para o preenchimento de cargos de órgãos administrativos. Rubens Requião justifica a criação de tal classe argumentando que este sistema permite a composição de grupos dentro das sociedades fechadas, assegurando-lhes pelo menos um lugar na administração³².

No que se refere às S.A. abertas, todas as ações ordinárias têm igualmente direito a voto, uma vez que a limitação quanto à classe só se aplica às companhias fechadas.

Por fim, deve ser citado o entendimento de Amador Paes de Almeida sobre o direito de voto conferido à ações ordinárias:

“Constitui, evidentemente um privilégio, o direito de voto exercido pelos titulares de ações ordinárias, diz Miranda Valverde. Assim em princípio, a cada ação ordinária corresponderá um voto nas deliberações da assembleia geral e isso porque, consoante prescreve o § 1.º do art. 110, pode o estatuto estabelecer limitação ao número de votos de cada acionista. A nova legislação, tal como a anterior, veda o chamado voto plural que, se permitido, fatalmente conduziria a abusos intermináveis, com flagrante predomínio dos seus titulares sobre os demais. Voto plural consiste em atribuir maior número de votos a determinadas espécies de ações. Conquanto aparentemente possa parecer sinonímia, não se confunde com o chamado voto múltiplo, expressamente previsto no art. 141. Este último, segundo a Exposição de Motivos, visa assegurar a efetiva representação da minoria no conselho da administração.” 33

³⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. Ob. Cit. V. II, p. 98.

³¹ Art. 16 da Lei n.º 6.404/76: As ações ordinárias de companhia fechada poderão ser de classes diversas em função de: I – conversibilidade em ações preferenciais; II – exigência de nacionalidade brasileira de acionista; ou III – direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos dos órgãos administrativos.

³² REQUIÃO, Rubens. Ob. Cit., p. 70.

³³ ALMEIDA, Amador Paes de. Ob. Cit., p. 285/286.

Além das ações ordinárias, existem as ações preferenciais, que conferem aos seus titulares vantagens e preferências especiais não inerentes às ordinárias. Tais vantagens ou preferências, geralmente de cunho patrimonial, são estabelecidas no estatuto da sociedade.

Entretanto, em virtude do disposto no art. 111, as ações preferenciais podem ou não conferir ao seu titular o direito a voto. Normalmente não o conferem.³⁴ A restrição ao direito de voto dos preferencialistas somente se justifica quando eles estiverem, efetivamente, se beneficiando de uma vantagem prometida pela companhia. Caso contrário e nas hipóteses previstas na lei e no estatuto o voto poderá ser por eles exercido, inclusive mediante acordo de acionistas.

Ulhôa Coelho, ao analisar tais situações, afirma que o acionista titular de ações preferenciais exercerá o voto nos seguintes casos:

“a) na assembléia de constituição da companhia (Art. 87, § 2.º); b) em todas as assembléias gerais, se o dividendo fixo ou mínimo não é pago depois de transcorrido o prazo estatutário, não superior a três exercícios, e até a regularização do pagamento (Art. 111, § 1.º); c) na eleição, em separado de um membro do conselho fiscal – da qual não participa o controlador, mesmo possuindo também ações preferenciais (Bulgarelli, 1988: 95/96; Parecer CVM n.º 114/83) (Art. 161, § 4.ª, a); d) na assembléia especial, para aprovação ou ratificação da criação de ações preferenciais ou aumento de classes existentes (em desproporção com as demais espécies ou classes), alteração nas preferências, vantagens ou condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de preferenciais, ou criação de uma nova classe, mais favorecida (Art. 136, § 1.º); e) na assembléia geral da sociedade em liquidação, quando da apreciação de proposta de condições especiais de partilha (Art. 215, § 1.º); f) na assembléia geral extraordinária especificamente convocada para apreciar a proposta de fechamento do capital, mediante o cancelamento de registro junto à CVM (Inst. n.º 229); g) na assembléia geral extraordinária especificamente convocada para apreciar a mudança do registro de negociação em bolsa ou mercado de balcão organizado para o de mercado de balcão não organizado (Inst. n.º 243, art. 16-B, I).”³⁵

Isto posto, como uma terceira espécie de ações, existem as chamadas ações de fruição ou gozo. *“Ações de fruição são as atribuídas ao acionista cuja ação ordinária ou preferencial foi inteiramente amortizada. A amortização é a*

³⁴ Art. 111 – O estatuto poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições, observado o disposto no art. 109; § 1.º As ações preferenciais sem direito a voto adquirirão o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a três exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso.(...)

³⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. Ob. Cit. V II, p. 305.

antecipação ao sócio do valor que ele provavelmente receberia, na hipótese de liquidação da companhia."³⁶

Já no que se refere ao direito de voto dos titulares de ação de fruição, entende-se que se a ação amortizada tinha direito a voto, a de fruição também o terá. Além disso, sendo as ações amortizadas ordinárias não pode o estatuto nem a assembléia geral negar às ações de fruição o direito de voto.³⁷

Por fim, com relação à forma das ações, a Lei n.º 6.404 vedou o voto às ações ao portador, reservando tal direito somente às ações nominativas, endossáveis e escriturais.³⁸

1.3.2 Do Direito de Voto das Ações Empenhadas, Gravadas com Usufruto e Alienadas Fiduciariamente:

Os artigos 113 e 114 da Lei das S.A. dispõem, respectivamente, sobre a possibilidade do exercício do voto pelos titulares de ações empenhadas, alienadas fiduciariamente ou gravadas com usufruto.³⁹

Bulgarelli expõe, de forma sucinta, a possibilidade de direito de voto pelas ações gravadas:

- "1. Ações empenhadas; o acionista conserva o seu direito, admitindo-se, contudo, estabelecer no contrato que o acionista não poderá, sem consentimento do credor pignoratício, votar em certas deliberações;*
- 2. Ações alienadas fiduciariamente; o credor não poderá exercer o direito de voto, e o devedor, que será obviamente o acionista, somente poderá exercê-lo nos termos do contrato;*
- 3. Ações gravadas com usufruto; somente se poderá exercer mediante prévio acordo entre o proprietário e o usufrutuário, se não for regulado no ato de constituição do usufruto."*⁴⁰

³⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. Ob. Cit. V II, p. 107.

³⁷ CARVALHOSA, Modesto. Ob. Cit. VII, p. 338.

³⁸ Art. 112: Somente os titulares de ações nominativas, endossáveis e escriturais poderão exercer o direito de voto.

³⁹ Art. 113. O penhor da ação não impede o acionista de exercer o direito de voto; será lícito, todavia estabelecer, no contrato, que o acionista não poderá sem consentimento do credor pignoratício, votar em certas deliberações. § Único. O credor garantido por alienação fiduciária da ação não poderá exercer o direito de voto; o devedor somente poderá exercê-lo nos termos do contrato.

Art. 114. O direito de voto da ação gravada com usufruto, se não for regulado em ato de constituição do gravame, somente poderá exercido mediante prévio acordo entre o proprietário e o usufrutuário.

Assim sendo, conclui-se que nos casos das ações empenhadas é admitido o direito de voto pelo acionista, contudo este direito pode ser limitado pelo credor. Já nas ações alienadas fiduciariamente, o credor está impedido de votar, podendo, entretanto, o devedor (acionista) exercê-lo nos termos do contrato. Por fim, as ações gravadas com usufruto terão direito a voto mediante prévio acordo – ou entre as partes ou quando da constituição do gravame.

1.3.3 Outras situações em que o direito de voto será adquirido:

Além das situações acima mencionadas, todas as ações terão direito a voto, sem as restrições estatutárias, na constituição e na liquidação da S.A.

No que se refere à constituição da companhia, dispõe o § 2.º do art. 87 que *“cada ação, independentemente de sua espécie ou classe, dá direito a um voto”*. Diante dessa disposição fica claro que na constituição da S.A. as ações ao portador não tem direito a voto, uma vez que a lei referiu-se apenas à classe e espécie das ações.

Já na Assembléia Geral de Liquidação da sociedade, os titulares que qualquer espécie, classe ou forma de ações poderão votar, tendo em vista o disposto no § 1.º do art. 213 da Lei das S.A: *“Nas assembléias gerais da companhia em liquidação todas as ações gozam de igual direito de voto, tornando-se ineficazes as restrições ou limitações porventura existentes em relação às ordinárias ou preferencias.”*

Conforme anteriormente exposto, a Lei n.º 6.404/76 permitiu a negociação do direito de voto, através da regulamentação do acordo de acionista. Contudo, não se deve confundir a negociação deste direito com o tráfico de votos, no qual *“o acionista vota na assembléia geral, mediante vantagem direta ou indiretamente recebida, para atender a interesses de outros acionistas, dos*

⁴² BULGARELLI, Waldírio. Ob. Cit., p.

administradores ou dos controladores.”⁴¹ O tráfico de votos é crime, tipificado no § 2.º do art. 277 do Código Penal brasileiro.⁴²

Nesse mesmo sentido, Miranda Valverde, ao comentar sobre o tráfico de votos no Decreto-Lei n.º 2.627, afirma que “*o ilícito jurídico está no comércio do voto, isto é, na convenção pela qual o acionista recebe alguma paga para votar.*”⁴³

Portanto, a legalidade do acordo de acionistas, além de outras características, torna este instituto totalmente distinto do tráfico e também – conforme anteriormente demonstrado – da cessão de voto, figuras essa consideradas ilícitas pela lei societária.

1.4 DA NOÇÃO DE ACIONISTA MINORITÁRIO E MAJORITÁRIO:

O conceito de acionista majoritário (controlador) e minoritário está estritamente ligado ao direito de voto. Por outro lado, a noção de maioria nem sempre está relacionada com a maior parte dos acionistas da S.A., uma vez que a efetiva maioria destes podem ser titulares de ações sem direito a voto e deste modo não poderão influenciar na administração/controle da sociedade.

Sobre a presente situação explica Rubens Requião que “*hoje, na sociedade moderna, nem todos os acionistas têm direito a voto, e o conceito de ‘maioria’ se refere ao maior volume das ações com voto. Como a imensa maioria dos acionistas detém ações sem voto – podendo no caso da lei brasileira este número atingir 2/3 do capital social somente em ações preferenciais – bem de ver que a maioria absoluta da sociedade não tem acesso, sequer, às disputas de controle.*”⁴⁴

⁴¹ CARVALHOSA, Modesto. Ob. Cit., p. 344.

⁴² Art. 177, §2.º: Incorre na pena de detenção, de 6 meses a 2 anos, e multa, o acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações da assembléia geral.

⁴³ VALVERDE, Trajano de Miranda. Op. Cit., p. 62.

⁴⁴ REQUIÃO, Rubens. Ob. Cit., V II, p. 111.

Assim, como a efetiva maioria da sociedade não tem direito a voto, ou seja, não exerce o controle, o legislador brasileiro previu uma série de normas tutelares, a fim de estabelecer um melhor equilíbrio de poderes entre acionistas com e sem voto.⁴⁵

Nesse mesmo sentido, Bulgarelli afirma que *“a expressão maioria não se refere a uma noção meramente quantitativa, mas uma relação quantitativa de poder, que não corresponde ao número de pessoas, nem de ações, necessariamente. Maioria é, sob tal aspecto, o controlador – o que de fato controla e dirige a sociedade – e minoria, os que por várias razões (absenteísmo, minifúndio de ações ou coesão do grupo controlador ou outros motivos) estão afastados do poder, dentro da sociedade.”*⁴⁶

A questão sobre a maioria e minoria societária é muito controvertida, contudo, como o presente trabalho não tem a finalidade de exaurir todos os temas aqui apresentados, o que se pretende é deixar clara a distinção entre as noções de acionista minoritário e controlador.

*“O acionista (ou grupo de acionistas vinculados por acordo de voto) titular de direito de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria de votos na assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores e usa, efetivamente, desse poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia é considerado, pelo art. 116 da LSA, acionista controlador.”*⁴⁷

De acordo com este conceito, para que o acionista seja considerado controlador é necessário a presença de dois elementos, quais sejam, ser maioria societária e fazer uso dos direitos decorrentes dessa situação para dirigir a sociedade.

França citando Comparato, afirma que *“controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se*

⁴⁵ REQUIÃO, Rubens. Ob. Cit., VII, p. 112.

⁴⁶ BULAGRELLI, Waldírio. Regime jurídico de proteção às minorias nas S/A. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 33.

⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 9.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 191.

*torna senhor de sua atividade econômica.*⁴⁸ Além disso, o controlador estará sempre vinculado a perseguir o interesse social e usar o poder que lhe é investido para *“fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, respeitando e atendendo aos interesses dos demais acionistas, dos trabalhadores, da comunidade em que atua, sendo-lhe vedado orientar a companhia para fim lesivo ao interesse nacional, tudo sob pena de cometer abuso de poder.”*⁴⁹

Os acionistas minoritários e majoritários podem ser tanto pessoas físicas quanto jurídicas. Além disso, é importante ressaltar que o acordo *“para o exercício do direito de voto pode levar os acionistas nele aglutinados à situação de acionista controlador, por expressa disposição do art. 116.”*⁵⁰

Feitas essas considerações, deve-se observar que, conforme se verá, tanto o acionista minoritário quanto o majoritário podem exercer abusivamente o voto. Assim, note-se desde já, que o abuso deste direito não está ligado somente aos acionistas controladores mas também aos minoritários, que em certas situações serão responsabilizados pelo exercício abusivo do voto.

⁴⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Ob. Cit., p. 64.

⁴⁹ VALLADÃO, Erasmo A. e N. França. Ob. Cit., p. 64.

⁵⁰ ALMEIDA, Amador Paes de. Op. Cit., p. 289.

CAPÍTULO II – O ABUSO DO DIREITO DE VOTO – UMA ABORDAGEM TEÓRICA

2.1 O ABUSO DE DIREITO:

O voto abusivo tem sua origem na figura do abuso de direito⁵¹. Assim, para caracterizarmos o abuso de direito de voto é imprescindível que se faça uma análise, ainda que breve, do abuso de direito.

Atualmente, o abuso de direito é um dos temas mais debatidos no âmbito do direito civil. A controvérsia dos autores, no que se refere a este tema, se dá principalmente com relação a sua natureza jurídica, pois conforme afirma Caio Mário, citando Planiol, “a idéia de abuso já é a negação do direito, enquanto que o conceito de direito repele a noção de abuso.”⁵²

A teoria do abuso de direito é o resultado da concepção relativista dos direitos. Surgiu “no século XIX, como superação das concepções individualistas e liberais que viam o direito subjetivo como poder da vontade e como expressão da liberdade individual.”⁵³

De acordo com a moderna concepção relativista, o direito é o resultado das solicitações dos interesses do indivíduo e da sociedade. Assim, o seu exercício deve se dar no meio termo entre estas duas solicitações. Bevilacqua, citando o doutrinador francês Bardesco, retrata claramente essa nova concepção:

“O direito destina-se a alcançar o bem geral, ao mesmo tempo que a satisfação dos interesses individuais; o abuso do direito, que é o exercício anti-social de um direito, gera a responsabilidade. Os direitos não são fins em si, porém meios de realizar um fim que lhes é exterior. Por outros termos, os direitos não são absolutos, quanto ao seu exercício, porém limitados pelo seu próprio fim. Abusar do direito é tomar o meio pelo fim,

⁵¹ CARVALHOSA, Modesto. Comentários...V II, p. 404.

⁵² SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de direito civil. V. I, 19.º ed., Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 429. Nesse mesmo sentido: “Também a própria existência jurídica do abuso de direito suscita controvérsias. Planiol critica essa teoria alegando que um ato jurídico não pode ser simultaneamente, conforme ou contrário ao direito.” In AMARAL, Francisco. Direito civil introdução. 3.º ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p. 207.

⁵³ AMARAL, Francisco. Ob. Cit., p. 205.

é exercê-lo de modo contrario ao interesse geral e à noção de equidade tal como se apresenta, num dado momento da evolução jurídica. Abusar do direito é servir-se delle egoisticamente, e não socialmente. Em um estado jurídico, em que a justiça e a equidade tendem, como actualmente, à socialização do direito, seu abuso compromette a responsabilidade de quem o pratica. (L'abus du droit, p. 226)”⁵⁴

Vários autores desenvolveram teorias a fim de justificar o abuso de direito, as quais podem ser divididas em duas grandes correntes: as subjetivas e as objetivas. Há, também, alguns juristas que defendem a existência de uma terceira corrente: a subjetivo-objetiva ou eclética. Contudo, conforme adiante se verá, essa terceira corrente não é muito aceita, uma vez que o que se discute na nossa doutrina é se Código Civil adotou a teoria objetiva ou subjetiva do abuso de direito, relegando a teoria mista para um segundo plano.

2.1.1 Teorias Subjetivas:

Para os seguidores da teoria subjetiva existe o abuso de direito quando o seu titular o exercita sem necessidade e com intenção de prejudicar. São três as principais teorias subjetivas do abuso de direito. Vejamos, rapidamente:

A) A primeira delas é a Teoria da Intenção. Segundo esta teoria o abuso de direito fundamenta-se na intenção de prejudicar. O titular do direito tem plena liberdade de exercê-lo, desde que esse exercício não tenha a finalidade de prejudicar terceiros. De acordo com Cunha Luna *“não há que se indagar se houve dele negligência, imprudência, imperícia, termos esses todos sem sentido quando se trata de um titular de direito no exercício de faculdades que lhe assegura a lei.”*⁵⁵

Uma variação dessa teoria é a teoria da má-fé *“baseada na vontade nociva de causar prejuízo a outrem, segundo a qual o abuso de direito pode ser*

⁵⁴ BEVILAQUA, Clóvis. Código civil dos estados unidos do Brasil commentado. VI, 7.^a ed., São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1944, p. 456.

⁵⁵ CUNHA LUNA, Everardo da. O ato ilícito. RT 773, 2000, p. 752.

*concebido quando verificada a perversidade de quem praticou o ato, sem contudo, ficar provada a intenção de prejudicar, que se presume.”*⁵⁶

O Código Civil alemão e austríaco adotam a teoria da intenção para justificar o abuso de direito.

B) Há, ainda, a teoria da gravidade da culpa. Os defensores desta teoria afirmam que para que exista o abuso de direito é necessário que o exercício seja, com uma certa gravidade, negligente e/ou imprudente. O que irá efetivamente caracterizar o abuso de direito será o grau desta negligência ou imprudência: *“por uma maior ou menor gravidade da culpa o ato é abusivo ou perfeitamente jurídico”*.⁵⁷

C) Por fim, a terceira teoria subjetiva é a teoria da culpa específica. Esta teoria foi desenvolvida pelo jurista francês Bonnard, que afirma existirem dois tipos de culpa: a culpa por ato ilícito e culpa por abuso de direito. Segundo esse autor, o abuso de direito é uma ato culposo mas não ilícito.

Esta última teoria é, em relação às outras duas teorias subjetivas, a menos aceita, tendo em vista o seu “exotismo”, uma vez que para o direito o ato culposo será sempre ilícito.⁵⁸

Para Orlando Gomes *“os subjetivistas vacilam entre dois critérios: o intencional e o técnico. Pelo primeiro, o abuso de direito pressupõe ânimo de prejudicar. Pelo segundo, exercício culposo.”*⁵⁹ Ou seja, este autor faz um síntese das três teorias acima mencionadas, destacando os dois principais elementos do abuso de direito para os subjetivistas.

No Brasil, o principal defensor da teoria subjetiva do abuso de direito foi Plínio Barreto. Segundo este jurista, citado por Carvalho Santos: *“O abuso de direito, em face do nosso Código, consiste no exercício irregular, no exercício anormal do direito, no exercício do direito com excessos, intencionais ou involuntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem. Duas, portanto, são as*

⁵⁶ CUNHA LUNA, Everardo da. Ob. Cit., p. 752.

⁵⁷ CUNHA LUNA, Everardo da. Ob. Cit., p. 754.

⁵⁸ CUNHA LUNA, Everardo da. Ob. Cit., p. 754.

⁵⁹ GOMES, Orlando. Introdução ao estudo do direito. 13.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 132.

*condições exigidas para a caracterização dessa figura jurídica: a) falta de moderação no exercício do direito e b) a intencionalidade ou imprudência, má-fé ou temeridade, como causas determinantes dessa falta de moderação.”*⁶⁰

Barreto deixa clara a sua filiação à teoria subjetiva ao trazer como elemento do abuso de direito a intenção de causar dano a terceiros.

Assim, tem-se que para os defensores dessa primeira corrente (subjetiva) o abuso de direito é um ato ilícito, isto porque *“se o exercício de um direito pressupõe uma justificação por motivos legítimos, a ausência de tais motivos faz desaparecer o direito, não mais se podendo vislumbrar diferença alguma entre o ato ilícito e o ato abusivo.”*⁶¹ Deste modo, no entendimento dos subjetivistas, a sanção aplicada para aquele que pratica ato com abuso de direito é somente a indenização, a reparação do dano, nos termos do art. 159 do Código Civil.

Contudo, o defeito das teorias subjetivistas está no fato de que sempre terá que ser investigado o “móvel do ato”, ou seja para que o abuso de direito esteja caracterizado a existência da culpa e/ou da intenção (elementos subjetivos) sempre deverá estar demonstrada.

2.1.2 Teorias Objetivas:

Para os objetivistas há o abuso de direito independentemente da existência da culpa, dolo ou intenção. O que efetivamente irá caracterizar este instituto jurídico será o desvio no exercício do direito, *“porque falta ao seu titular legítimo interesse para exercê-lo daquele modo, ou porque sua destinação econômica ou social foi frustrada.”*⁶²

⁶⁰ CARVALHO SANTOS, J.M. de. Código civil brasileiro interpretado. V III, 10.^a ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, p. 341.

⁶¹ CARVALHO SANTOS, J.M. de. Ob. Cit., p. 352/353.

⁶² GOMES, Orlando. Ob. Cit., p. 132.

São duas as principais teorias objetivas do abuso de direito: a Teoria do Destino Econômico, desenvolvida por Saleilles e a Teoria do Fim Social do Direito, que teve como precursor Josserand.

Segundo a Teoria do Destino Econômico *“o ato abusivo é um ato anormal, porque contraria a finalidade econômica e social do direito – ato sem conteúdo jurídico, economicamente prejudicial e reprovado pela consciência pública”*⁶³

Já a segunda teoria, também conhecida como finalista, defende que há abuso de direito quando este é exercido em conformidade com o direito do seu titular, mas em contrariedade às regras sociais. Explica Amaral que o *“fundamento da teoria de Josserand é a idéia de que todos os direitos têm uma finalidade social, pelo que o direito não pode ser legitimamente utilizado senão de acordo com essa finalidade. Qualquer outro uso é abusivo.”*⁶⁴

De acordo com os objetivistas o abuso de direito é não um ato ilícito, uma vez que este consiste na infração direta e imediata a um preceito normativo, sendo que a consequência jurídica desta transgressão é o dever de indenizar. Já no abuso de direito há uma violação dos deveres gerais⁶⁵ de conduta e do princípio basilar de que *“os direitos devem ser exercidos com certos limites, a fim de que seja atendida a finalidade em vista da qual se conferem e tutelam.”*

Há também, aqueles que afirmam ser o abuso de direito um ato ilícito *sui generis*, especial. Nesse sentido temos o entendimento de Sessarego:

*“Por nuestra parte estimamos que el acto abusivo, que se sustenta originariamente en un derecho subjetivo, es un acto ilícito en la medida en que, a través de una conducta antisocial – o una omisión de la misma naturaleza -, se transgrede un genérico deber jurídico recogido normativamente por el ordenamiento positivo y que, como tal, se halla presente en todas las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial. La ilicitud del acto abusivo es específica, ‘sui generis’, por lo que se aparta de las reglas de la responsabilidad para constituir una figura autónoma.”*⁶⁶

⁶³ CUNHA LUNA, Everardo da. Ob. Cit., p. 756.

⁶⁴ AMARAL, Francisco. Ob. Cit., p. 207.

⁶⁵ Segundo afirma Sessarego, *“Es obvio que en ordenamiento jurídico existen prohibiciones ‘específicas’, precisas, puntuales. Pero, al lado de ellas encontramos también prohibiciones ‘genéricas’, que comprenden un amplio espectro de conductas, sin referencia o descripción de cada una de ellas.”..... “El acto abusivo se convierte, así, en la transgresión de un deber genérico, derivado de una prohibición, también genérica.”* (in SESSAREGO Carlos Fernández. Abuso del derecho. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, P. 137)

⁶⁶ SESSAREGO Carlos Fernández. Ob. Cit., p. 139.

Assim sendo, existindo o abuso de direito a consequência do seu exercício não se limitará à reparação do dano como o ato ilícito. Neste particular, deve-se ressaltar os ensinamentos de Orlando Gomes:

*“O abuso de direito era equiparado, nos efeitos, ao ato ilícito. Quem causasse prejuízo por exercício irregular de um direito, obrigado estava a prestar indenização. No pagamento das perdas e danos consistia, em suma, a sanção exclusiva do abuso de direito. A ampliação do conceito tornou insuficiente esse regime repressivo. Desde que a anormalidade no exercício de um direito não se verifica apenas na esfera em que podem ser produzidos danos materiais, a sanção consistente unicamente na obrigação de repará-los passou a ser inadequada, uma vez que, em muitos casos, não constituiria repressão eficaz. Ao se deslocar o abuso de direito da órbita do ato ilícito, para o qual foi atraído por se ter admitido a paridade de efeitos, outras sanções se previram.”*⁶⁷

A discussão entre subjetivistas e objetivistas não se dá somente em relação à natureza jurídica do abuso de direito, mas também sobre o fato de qual das teorias foi a adotada pelo nosso Código Civil.

Cunha Luna afirma que *“conforme a legislação pátria, é imprescindível, para a configuração do ato abusivo, que ocorra, no exercício de um direito causador de danos extrapatrimoniais, ou o dolo ou a culpa.”*⁶⁸ Assim sendo, para este autor, assim como para J.M. Carvalho Santos entre outros, o Código Civil brasileiro adotou a teoria subjetivista do abuso de direito.

Já Clóvis de Beviláqua irá afirmar que o Código brasileiro, no seu art. 160, I ao se referir ao exercício irregular do direito, está adotando a teoria objetiva de Saleilles, uma vez que o exercício anormal do direito é abusivo. Ou seja *“a consciência pública reprovava o exercício do direito do indivíduo quando contrário ao destino econômico e social do direito em geral.”*⁶⁹

Com efeito, a maioria da nossa doutrina entende que a teoria adotada pelo nosso Código foi a objetiva. Mesmo assim a discussão entre as duas correntes ainda persiste. Contudo, com a vigência do novo Código Civil, este debate estará encerrado, uma vez que, no seu art. 187, o abuso de direito está caracterizado nos moldes da teoria objetiva, ou seja, será aquele direito que exercido “excede

⁶⁷ GOMES, Orlando. Ob. Cit., p. 134.

⁶⁸ CUNHA LUNA, Everardo da. Ob. Cit., p. 767.

⁶⁹ BEVILAQUA, Clóvis. Ob. Cit., p. 457.

*manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”*⁷⁰

Não obstante a discussão entre os civilistas para saber se o nosso Código Civil adotou a teoria subjetiva ou objetiva, tem-se que a Lei das S. A. aderiu claramente à teoria objetiva ao tratar do abuso do direito de voto. Retornaremos à justificativa dessa afirmação após tratarmos mais especificamente do abuso de direito de voto e suas sanções.

2.1.3 Abuso de direito e figuras afins:

Muitas vezes o abuso de direito é confundido com institutos jurídicos a ele semelhantes. Um ato praticado com abuso de direito, desvio de poder, sem direito ou em fraude à lei são perfeitamente distintos entre si, tendo em vista os seguintes aspectos:

A) Abuso de direito e desvio de poder. Para Cunha Luna o desvio de poder corresponde, no direito administrativo, ao abuso de direito, no âmbito do direito civil. Ambos têm como essência a ilicitude ou a relação de contrariedade entre a conduta humana e a ordem jurídica, contudo os efeitos dessa conduta ilícita são distintos pois *“o abuso de direito obriga à reparação de uma dano, e o desvio de poder à restituição de um estado de coisas. No desvio de poder incide-se numa arbitrariedade, que é a ilicitude de autoridade, o que não acontece no abuso de direito, que é ato do indivíduo nas suas relações privadas.”*⁷¹

B) Abuso de direito e ato realizado sem direito. A diferenciação entre estas duas figuras é clara, pois no abuso de direito, como o próprio nome já diz, há um direito porém o exercido deste é anormal, contra as finalidades do direito e da sociedade. Já o ato realizado sem direito, o sujeito exerce, normalmente, direito

⁷⁰ Art. 187 do Projeto do Código Civil brasileiro: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁷¹ CUNHA LUNA, Everardo da. Ob. Cit., p. 765.

que não tem. Neste caso, o indivíduo irá responder pelos seus atos, independentemente de qualquer prejuízo que cause.

C) Abuso de Direito e Fraude à Lei. Haverá fraude à lei sempre que, por meios lícitos, forem atingidos fins contrários a esta. Como já mencionado o abuso de direito é o exercício irregular de um direito que poderá acarretar em dano ou constrangimento de terceiro. A nulidade é a sanção prevista para o ato realizado em fraude à lei. No abuso de direito essa sanção consistirá, principalmente, na reparação do dano.

Feitas estas distinção, o instituto jurídico do abuso de direito fica claramente delineado. Com isso, passemos à análise das teorias de fundamentam o abuso do direito de voto.

2.2 O INTERESSE SOCIAL:

Dispõe o art. 115 da Lei n.º 6.404/76 que *“O acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar prejuízo para companhia ou para outros acionistas.”*

O interesse social não é expressamente mencionado apenas no caput deste artigo, mas também no seu § 1.º, no § único do art. 116 e no art. 117 da Lei das S.A. Vale dizer, outrossim, que este conceito está presente em toda a Lei n.º 6.404/76, uma vez que o interesse social diz respeito à própria razão de ser das sociedades comerciais.

De acordo com o disposto no art. 115, o voto, para que não seja considerado abusivo, deverá ser exercido no interesse da companhia. Assim, temos que a questão do interesse social é de suma importância, para que possamos concluir o que venha, efetivamente, a ser o voto abusivo, nos termos da Lei n.º 6.404/76.

Foram várias as teorias que tentaram justificar o interesse social, as quais podem ser reunidas em dois grandes grupos: as teorias institucionalistas e as contratualistas. Além dessas teorias, temos a teoria do contrato-organização, desenvolvida por Calixto Salomão Filho. Vejamos os principais aspectos de cada uma delas:

2.2.1 Teorias Institucionalistas:

A) Teoria da Empresa em Si (*Unternehmen an sich*): Esta teoria foi desenvolvida pelo alemão W. Ratheunau, que defende ter a empresa um interesse próprio, distinto da somatória dos interesses individuais dos sócios.

Como características fundamentais dessa teoria temos:

“a) acentuada visão publicística dos problemas da sociedade anônima, vista como a forma jurídica típica da grande empresa, na qual soleavam interesses os mais diversos, não apenas os dos acionistas, mas também os dos trabalhadores e seus dependentes, dos consumidores e, bem assim, o interesse coletivo ao desenvolvimento da economia nacional, todos merecedores da tutela legal; b) conseqüente reconhecimento à empresa de um interesse próprio, dirigido não à produção de lucros a serem distribuídos aos acionistas, mas também à melhor eficiência produtiva da própria empresa, donde a plena justificativa para o autofinanciamento; c) tendência a subtrair dos acionistas, pelo menos dos especuladores e rendeiros, o controle da empresa, para confiá-lo a uma administração estável e coesa; d) redução de todos os direitos dos acionistas (informação, impugnação de deliberações assembleares, lucros) condicionados ao superior interesse da empresa, em relação a qual aqueles tem o dever de fidelidade.”⁷²

A teoria da empresa em si criou uma figura quase mística da empresa, uma vez que o interesse da companhia era entendido como algo totalmente superior aos interesses dos sócios. Esta teoria obteve consagração legislativa na Alemanha, motivo pelo qual veio a influenciar outros diplomas legais.

B) Teoria da Pessoa em Si: Desenvolvida e baseada na concepção organicistas de Otto von Gierke. De acordo com essa teoria, o interesse social é o interesse da sociedade enquanto pessoa jurídica distinta de seus membros. Conforme afirma Comparato *“a sociedade perde a sua natureza contratual, para*

⁷² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Ob. Cit., p. 24.

se apresentar como um ente autônomo, que os sócios se limitam a criar ou instituir por um ato jurídico coletivo."⁷³

Aparentemente as teorias da empresa em si e da pessoa em si se mostram muito semelhantes, contudo as diferenças entre elas são evidentes. Vejamos: *"na teoria da pessoa em si, o interesse, reduzido ao da pessoa jurídica, não é externo à sociedade"*⁷⁴, enquanto que na teoria da empresa em si os interesses públicos também formam o interesse da empresa. Além disso, na teoria de Von Gierke os interesses das minorias são protegidos, pois é admitido *"o exame judicial do mérito da deliberações da assembléia geral"*⁷⁵, em contrapartida, na teoria da pessoa em si a maioria tem ampla discricionariedade na condução dos negócios sociais.

C) Teoria da Instituição: Essa teoria assemelha-se muito à teoria da pessoa em si, uma vez que o interesse social não se identifica com o interesse comum dos sócios mas sim com o interesse superior da própria instituição. Segundo Hauriou – principal defensor e criador dessa teoria – a instituição *"é uma idéia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social; para a realização dessa idéia, se organiza um poder que lhe procura os órgãos necessários; por outra parte, entre os membros do grupo social interessado na realização da idéia, se produzem manifestações de comunhão dirigidas por órgãos de poder e reguladas por procedimentos."*⁷⁶

A principal contribuição desta teoria foi trazer o conceito de empresa como instituição, baseada, principalmente no princípio da colaboração. No mais, conforme já afirmado, a noção de interesse social para a teoria da instituição equívale àquela defendida da teoria da pessoa em si.

D) Teoria do Voto Exercido no Interesse da Sociedade: Esta teoria é fruto do entendimento doutrinário e jurisprudencial italianos. Para eles *"o voto é um poder concedido ao sócio no interesse social, entendido este como alheio ao seu*

⁷³ In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Ob. Cit., p. 27.

⁷⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Ob. Cit., p. 27.

⁷⁵ CARVALHOSA, Modesto. Comentários..., V. II, p. 392.

⁷⁶ In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Ob. Cit., p. 30.

*próprio interesse.*⁷⁷ Contudo, diante da impossibilidade da pessoa jurídica manifestar a sua vontade, *“presume-se que a vontade declarada das pessoas físicas componentes do seu órgão deliberativo seja a própria vontade social.”*⁷⁸

Esta teoria, pelo fato de também ser baseada no entendimento jurisprudencial, possui uma aplicação prática maior do que as demais teorias institucionalistas. Isto porque acarreta *“inquestionavelmente no dever do acionista de abster-se do voto, no caso de conflito formal de interesses com a sociedade.”*⁷⁹

Assim sendo, como um síntese de todas as teorias institucionalistas acima mencionadas temos o interesse social não como o resultado da somatória dos interesses individuais dos sócios, mas sim como o interesse da empresa, entendida como um ente superior e distinto das pessoas físicas que a compõe, com interesses não somente privados, mas também públicos, preocupada com toda uma comunidade que dela depende ou está interligada.

2.2.2 Teoria Contratualistas:

As teorias contratualistas a cerca do interesse social, contrapõem-se frontalmente às institucionalistas, uma vez que os seus partidários *“recusam-se a ver na sociedade anônima uma instituição, configurando-a como uma relação contratual que não envolve outro interesse senão os das partes contraentes”*⁸⁰

Para os adeptos desta teoria, o interesse social reduz-se ao interesse comum dos sócios, não havendo, portanto, hierarquia entre estes dois interesses.

Contudo, a presente teoria incita alguns questionamentos sobre o que se entende por interesse comum.

⁷⁷ CARVALHOSA, Modesto. Comentários..., V. II, p. 395.

⁷⁸ CARVALHOSA, Modesto. Comentários..., V. II, p. 395.

⁷⁹ CARVALHOSA, Modesto. Comentários..., V. II, p. 395.

⁸⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Ob. Cit., p. 35/36.

Grande parte da doutrina entende ser o interesse social “o *interesse comum dos sócios enquanto sócios (uti socci e não uti individui)*, o *interesse social, assim concebido, não se identifica com outros interesses comuns dos sócios, nem representa a somatória dos seus direitos individuais, mas é um interesse ex causa societatis, decorrente do status socci. Todos os outros interesses dos sócios, que não este interesse comum, típico e específico, são considerados estranhos a sociedade ou extra-societatis.*”⁸¹

Nesse mesmo sentido, Comparato assevera que “*quando a lei usa a expressão “interesse da companhia”, está referindo-se ao interesse do acionista enquanto tal, ao modelo jurídico de acionista, abstratamente considerado; e não a determinado indivíduo que figura concretamente como acionista de determinada companhia.*”⁸²

Há também aqueles que defendem que o interesse social não se resume ao interesse comum dos sócios atuais, mas também dos futuros acionistas, que vierem a integrar o quadro societário. Contudo, parece mais acertado o entendimento de que o interesse social restringe-se ao interesse comum dos sócios atuais, tendo em vista que este interesse pode ser constantemente revisto e muitas vezes desconsiderado por uma decisão unânime dos sócios.⁸³

Por fim, deve-se destacar a corrente doutrinária que entende ser o interesse comum não somente o interesse dos sócios à distribuição dos lucros, mas também à eficiência da empresa. Segundo grande parte dos estudiosos o interesse comum dos sócios resume-se à repartição dos lucros sociais entre eles, na máxima medida possível. Entretanto, de acordo com esta corrente, os sócios devem também visar a eficiência da empresa como um interesse instrumental ou escopo-meio.⁸⁴

⁸¹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Ob. Cit., p. 37.

⁸² COMPARATO, Fábio Konder. Direito Empresarial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 88.

⁸³ Citando P. G. Jaeger SALOMÃO FILHO, Calixto in O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 15.

⁸⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Ob. Cit., p. 39/40.

Assim sendo, o interesse social, segundo a corrente contratualista, consiste no interesse comum dos sócios atuais da sociedade, sendo que estes interesses devem decorrer da condição de sócio (*uti socii*), não podendo serem restritos ao rateio dos lucros sociais.⁸⁵

Do exposto, tem-se que a teoria contratualista é bem distinta da institucionalista uma vez que para a definição do interesse social “*não leva em consideração qualquer fator alheio ao âmbito da própria companhia, ou seja, estranho à relações originadas do contrato social.*”⁸⁶

Com efeito, afirma Salomão Filho que a principal diferença entre estas duas correntes está no seguinte aspecto:

*“A diferença entre um sistema integracionista (como é o institucionalismo), que pressupõe a colaboração na persecução de um interesse social predeterminado, e um sistema autônomo (como o contratualismo), que pressupõe a contraposição interna de interesses, está na limitação do objeto. O que a primeira concepção (contratualismo) fez foi limitar o objeto do conflito às questões de rentabilidade e às questões organizativas, ambas parametradas pelo interesse à preservação da empresa. No institucionalismo alemão a definição do interesse social como algo diverso dos interesses contrapostos dos sócios e a pressuposição de sua persecução pelos órgãos sociais não eliminam o interesse da dialética societária. Ao contrário, reforçam, porque introduzem no interior dos órgãos societários representações de interesses efetivamente contrapostos.”*⁸⁷

Contudo, embora sejam estas teorias que fundamentam a legislação brasileira, assevera este mesmo autor que ambas não são adequadas para justificar a nossa realidade pois “*foram elaboradas em ambiente econômico muito diverso do atual. Por isso é que, hoje, o direito societário é invadido por novas teorias jurídicas e sobretudo novas técnicas de explicação econômica de seus fundamentos.*”⁸⁸

Diante disso, passemos a uma breve análise da nova teoria sobre o fundamento do interesse social, apresentada por Salomão Filho.

⁸⁵ No entendimento de Carvalhosa “O interesse social não é, pois, a somatória dos interesses individuais de cada acionista, mas a transcendência desses mesmos interesse por um interesse comum a todos, definido no objetivo empresarial específico da companhia e nos fins sociais que são comuns a todas elas, qual seja, a realização do lucro. Daí não ser a noção de interesse social de caráter psicológico, mas objetivo, já que explicitado no objetivo da companhia e nos seus fins lícitos de lucratividade e de utilidade social ou coletiva.” (in Cometários..., p. 402/403).

⁸⁶ CARVALHOSA, Modesto. Cometários..., V. II, p. 396.

⁸⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit., p. 22.

2.2.3 Teoria do Contrato-Organização:

De acordo com a teoria clássica da análise econômica do direito a empresa é vista como um feixe de contratos. *“Em uma linguagem mais jurídica a firma é vista como um único agente subscritor de um grupo de contrato com os sócios e vão desde contratos com fornecedores e clientes até contratos com trabalhadores e contratos de empréstimo necessários para suprir as necessidades de fundos da empresa.”*⁸⁹

Tendo em vista essa noção, as teorias já desenvolvidas a cerca do interesse social não são suficientes para dar conta do verdadeiro interesse social. Isto porque *“o interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem, tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve – isso, sim – ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar de forma mais eficiente as relações jurídicas que cria.”*⁹⁰

Por estes principais motivos, Salomão Filho defende ser a teoria do contrato-organização a mais adequada para justificar o interesse social.

Segundo este autor, a construção desta teoria está baseada na distinção entre os contratos associativos e os contratos de permuta. Enquanto nos contratos associativos o seu núcleo está na organização criada, nos contratos de permuta o seu ponto principal é a atribuição de direitos subjetivos. A organização criada nos contratos associativos, pode ser juridicamente definida como *“a coordenação da influência recíproca entre atos. Portanto, adotada a teoria do contrato organização, é no valor da organização, e não mais na coincidência de interesses de uma pluralidade de partes ou em um interesse específico à autopreservação, que se passa a identificar o elemento essencial do contrato social”*.⁹¹

⁸⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit., p. 13.

⁸⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit., p. 31.

⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit., p. 32.

⁹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit., p. 33/34.

Assim sendo, de acordo com esta teoria, o interesse social será “a melhor organização possível dos feixes de contratos envolvidos pela sociedade, esse poderá traduzir-se tanto no interesse da empresa à maximização dos lucros como no interesse à preservação da empresa, mas não se identificará necessariamente com nenhum deles.”⁹²

Por fim, conforme afirma Salomão Filho a teoria do contrato-organização é a única capaz de alcançar os objetivos pretendidos tanto pela teoria contratualista quanto pela institucionalista:

“De fato, a teoria organizativa, com todos os ganhos em custos de transação e eficiência que sua aplicação criteriosa pode propiciar, é, sem dúvida, a mais apta a garantir a lucratividade dos sócios tão almejada pelos contratualistas. Por outro lado, a mesma capacidade de organização das relações a ela submetidas proporcionada pela teoria do contrato-organização tem a capacidade de transformar a sociedade naquela célula social propulsora do desenvolvimento tão almejado pelos institucionalistas desde Rathenau.”⁹³

De fato, a presente teoria se mostra como uma alternativa interessante para a questão do interesse social na nossa legislação. Contudo, mesmo assim sendo o debate a cerca da lei brasileira, resume-se à aplicação da teoria contratualista ou institucionalista, teorias estas existentes quando da elaboração do mencionado diploma legal.

2.2.4 A Posição Adotada pela Lei n.º 6.404/76:

Conforme acima mencionado é divergente a opinião doutrinária sobre qual das teorias do interesse social (institucionalista ou contratualista) foi a adotada pela Lei da S.A.

Primeiramente, antes de apresentar a opinião de alguns autores sobre a presente questão, é necessário transcrever alguns dispositivos da Lei n.º 6.404/76, que tratam do interesse social:

“Art. 115. O acionista deve exercer o voto no interesse da companhia, considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte ou

⁹² SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit., p. 34.

⁹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit., p. 41.

possa resultar e de que resulte ou possa resultar, prejuízo para companhia ou para outros acionistas. (...)”

“§ Único do Art. 116. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

“§ 1.º do Art. 117. São modalidades de exercício abusivo de poder:

a) Orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia ou da economia nacional; (...)”

No entendimento de França a lei brasileira adotou um regime dual, pois segundo ele:

“Ao acionista em geral não compete senão perseguir o interesse da companhia, vale dizer, o interesse comum dos sócios, uti socii, visto aqui, portanto, numa perspectiva contratualista, de disciplina de interesses privados dos acionistas; ao acionista controlador é que compete, com arbitrum boni viri, a tutela dos interesses intra ou extra-empresariais, ou seja, dos interesses dos demais acionistas e investidores, dos trabalhadores, da comunidade e da economia nacional, tutela esta, portanto, vinculada a uma perspectiva institucional da sociedade por ações.”⁹⁴

Além disso, observa este autor que entre estas duas correntes prevalece a institucionalista, uma vez que havendo conflito entre os interesses comuns dos sócios e o da comunidade, o interesse desta deve prevalecer⁹⁵. Assim, afirma que *“por interesse social deve-se entender o interesse comum dos sócios, que não se colida com o interesse geral da coletividade, mas com ele se harmonize”⁹⁶.*

Nesta mesma orientação posicionou-se Rubens Requião. Para ele não obstante a base institucionalista da Lei n.º 6.404/76, também deve ser

⁹⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Ob. Cit., p. 56.

⁹⁵ A fim de corroborar com este seu entendimento, França cita Comparato nos seguintes termos: *“Tal não significa, escusa dizê-lo, que doravante toda companhia se transforme em órgão público e tenha por objetivo primordial, senão único, o vasto interesse coletivo. Mas significa que não obstante a afirmação legal de seu escopo lucrativo (art. 2.º), deve este ceder o passo aos interesses comunitários e nacionais, em qualquer hipótese de conflito. A liberdade individual de iniciativa empresária não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres da ordem econômica e social, igualmente expressos na Constituição.”* (in O poder de controle na sociedade anônima. 3.º ed, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 301). Contudo, de acordo com as razões a seguir expostas, este autor afirma que a Lei n.º 6.404/76 adotou a teoria contratualista.

⁹⁶ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Ob. Cit., p. 57.

considerado o fato da sociedade ser constituída por um contrato plurilateral, devendo, portanto, tutelar os interesses pessoais dos acionistas que a compõe.⁹⁷

Em sentido contrário, há o entendimento de Carvalhosa e de Comparato que afirmam ter a Lei n.º 6.404/76 adotado a teoria contratualista.

Carvalhosa entende estarem totalmente superadas as teorias institucionalistas do interesse social, pois o *“voto é concedido ao sócio não para alcançar um superior interesse institucional, mas para o seu interesse individual, que é, todavia, comum aos dos outros acionistas.”*⁹⁸

Corroborando este entendimento, afirma Comparato que:

*“A concepção da pessoa jurídica como entidade exterior ou superior aos seus componentes para , hoje, singularmente desacreditada com o advento da crise da personalidade jurídica e o recurso, sempre mais amiutado, à técnica da superação ou desconsideração da personalidade jurídica. Os interesses extra-societários, que se podem opor ao dos acionistas, situam-se, na verdade, fora da companhia, e não dentro dela: são os trabalhadores, clientes, fornecedores da empresa ou interesses coletivos extra-empresariais. A esse respeito, a Lei n.º 6.404 parece estabelecer distinções claras entre essas diferentes esferas de interesse. No art. 116, distingue-se o objeto da companhia da sua função social, pois aquele é pertinente à sua economia interna, enquanto esta se dirige a não acionistas: os trabalhadores da empresa e a comunidade em que atua...”*⁹⁹

Contudo, não obstante o posicionamento de Carvalhosa e Comparato, o entendimento mais cauteloso é o de que a nossa legislação adotou o sistema dual, prevalecendo a teoria institucionalista sempre e somente quando o interesse dos sócios sejam conflitantes com os interesses sociais. Além disso, não se pode olvidar que na exposição de motivos¹⁰⁰ da Lei n. 6.404/76, o nosso legislador afirma ter adotado a teoria institucionalista. Entretanto, adotar somente essa teoria seria desconsiderar os interesses privados inerentes a todas as companhias (inclusive nas S.A. de capital fechado) e também irrelevar

⁹⁷ Cf. REQUIÃO, Rubens. Ob. Cit., V. II, p. 14 *“...Se se pode admitir que a sociedade anônima configure, após sua formação, uma instituição, não deixa ela de ser formada pelo contrato, e este da espécie plurilateral. Como instituição ela está voltada para a consecução do bem comum”, visando primacialmente aos altos interesses coletivos, desvanecendo um tanto o interesse privado, perseguido pelos acionistas. Como contrato, regula os interesses pessoais de seus membros.”*

⁹⁸ CARVALHOSA, Modesto. Acordo..., p. 111.

⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Direito Empresarial..., p. 87.

¹⁰⁰ *“...Há muito a S.A. deixou de ser um contrato de efeitos limitados para seus poucos participantes: é uma instituição que concerne a toda a economia do País, ao crédito público, cujo financiamento, cujo funcionamento tem que estar sob o controle fiscalizador e o comando econômico das autoridades governamentais”* (In REQUIÃO, Rubens, Ob. Cit., p. 14)

fenômenos importantes que vêm ocorrendo no âmbito do direito comercial, como o da crise da pessoa jurídica.

2.2.5 ABUSO DE DIREITO DE VOTO E CONFLITO DE INTERESSES:

Por fim, antes de analisarmos as situações em que estará configurado o abuso de direito de voto, é importante se fazer algumas distinções, evitando, desta forma, que conceitos essenciais sejam confundidos.

O conflito de interesses e abuso de direito de voto são duas figuras distintas, mas que se interligam. Segundo Galgano:

“Existe conflito de interesses entre o sócio e a sociedade, quando o sócio se acha na condição de ser portador, diante de uma determinada deliberação, de um dúplice interesse: de seu interesse como sócio e, além disso, de um interesse externo à sociedade, sendo esta duplicidade tal que o sócio não pode satisfazer um deles sem sacrificar o outro. (...) A situação de conflito de interesses, portanto, é precedente à deliberação. Agora, se o sócio ao votar, sacrificar o interesse social ao seu interesse pessoal, diverso do da sociedade, estará nos termos da nossa lei de sociedades por ações, agindo conflitantemente e, portanto, abusando de seu direito de voto ao desviar-se da finalidade em vista da qual a lei lhe concedeu tal direito, qual seja, a de exercê-lo no interesse da companhia.”¹⁰¹

Com efeito, há conflito de interesses tanto no abuso de direito de voto quanto no conflito de interesses propriamente dito. Diante disso, a doutrina vem afirmando que no abuso de direito de voto há um conflito de interesses substancial enquanto que no conflito de interesses propriamente dito, um conflito formal.

O parágrafo primeiro do art. 115 da Lei das S.A., elenca algumas situações em que estará configurado o conflito formal de interesses. Assim, por conflito formal de interesses entende-se *“o impedimento legal que se impõe ao sócio, que é ou será parte na avença para formar a vontade do outro contratante, no caso, a companhia.”¹⁰²*

Nos casos de conflito formal o acionista está impedido de votar, pois nestes será impossível a conciliação dos interesses *uti socii e uti singuli*.

¹⁰¹ in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Ob. Cit., p. 93.

¹⁰² CARVALHOSA, Modesto. Acordo..., p. 113.

Importante ressaltar que estas situações são prévias às deliberações e não adentram no campo do ilícito, muito pelo contrário, são consideradas lícitas.

Já no conflito substancial (*strictu sensu*), ou seja, no abuso de direito de voto, haverá o conflito porque existiu o sacrifício do interesses *uti socii* em detrimento do interesse *uti singuli*. As hipóteses de conflito substancial não são prévias à deliberação. Assim, somente se poderá verificar se houve ou não o conflito mediante o exame do conteúdo da deliberação. Nestes casos haverá uma análise limitada do mérito do voto, a fim de descobrir um vício na legitimidade deste.¹⁰³

Vale dizer, ainda, que as situações de conflito substancial de interesses adentram no campo do ilícito, pois neste caso o acionista conscientemente votará contra os interesses da sociedade e/ou de outro acionista, não havendo motivos objetivos (como as situações previstas no § 1.º do art. 115) a justificar a existência do conflito.

Nesse passo, abuso de direito de voto e conflito de interesses são figuras totalmente distintas. Contudo, são muito confundidas pois, repita-se, em ambos os casos haverá conflito de interesses. Diante disso, quando falarmos em conflito de interesse, é imprescindível que a situação concreta seja analisada, para que saibamos se estamos diante de um conflito formal ou substancial de interesses.

Assim sendo, quando estiver configurado o conflito formal de interesses e o acionista votar, mesmo sabendo da existência deste, ele não estará abusando do seu direito de voto, mas sim cometendo um ilícito contra a companhia, sendo nulo o voto ora proferido, com a possível anulação de toda a deliberação, caso o voto formalmente conflitante tenha sido decisivo para a formação da maioria¹⁰⁴.

Feitas estas distinções, passemos, finalmente, à análise do abuso de direito de voto.

¹⁰³ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Ob. Cit., p. 97.

¹⁰⁴ CARVALHOSA, Modesto. Comentários..., V II, p. 417.

CAPÍTULO III – O ABUSO DE DIREITO DE VOTO:

De acordo com o disposto na nossa legislação, é abusivo o voto “exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.”

Como o voto deve ser sempre exercido de acordo com o interesse social (ou como a lei preferiu dizer, da companhia), será abusivo aquele que não traduzir o interesse comum dos sócios *uti socci*.

Note-se que no *caput* do art. 115 há previsão de duas modalidades de abuso de direito de voto. “Pela primeira, será suficiente identificar a finalidade danosa do voto à companhia para supor a ocorrência do abuso, dispensado-se a investigação do resultado para os acionistas. A outra circunstância abusiva deflui da aliança da finalidade vantajosa privada e o prejuízo hipotético para a sociedade ou seus integrantes.”¹⁰⁵

Com relação aos prejuízos causados à sociedade, estes não se resumem à perda imediata ou futura de um benefício patrimonial ou político, mas também podem ser verificados quando a companhia “deixa de obter uma vantagem lícita, ou então quando do voto lhe advém um resultado menor do que seria obtido se outra foses a manifestação decisória dos acionistas.”¹⁰⁶

Já no que se refere ao prejuízo dos interesse dos demais acionistas, este existirá sempre que, pelo voto abusivo, forem subtraídas destes vantagens patrimoniais ou políticas.¹⁰⁷

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Fernão Justen de. Abuso de direito do acionista minoritário. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Pós-Graduação em Direito, 1997. Dissertação de Mestrado, p. 153/154.

¹⁰⁶ CARVALHOSA, Modesto. Comentários..., p. 403.

¹⁰⁷ Não obstante ser importante essa diferenciação ente os prejuízos causados aos acionistas e à sociedade, Comparato irá defender que “Na verdade, a alternativa de sujeitos quanto ao dano resultante do voto abusivo é falsa. O único interesse dos acionistas, protegido pela norma legal, é o interesse comum.” (In Direito empresarial ..., p. 90)

Num sentido geral, esses prejuízos consistirão em vantagens que *“não são normalmente atribuídas a todos quantos se encontram na mesma situação jurídica perante a companhia; ou seja, uma violação do princípio da igualdade relativa que consubstancia a justiça distributiva.”*¹⁰⁸

Além disso, deve-se esclarecer que quando Oliveira fala de finalidade vantajosa privada, ele inclui nesta expressão tanto as vantagens que beneficiarão o próprio acionista que abusou do seu direito de voto, mas também a terceiros.

Isto posto, para a nossa lei será abusivo o voto exercido com o fim de causar dano (...). Ou seja, o acionista deverá ter a intenção de prejudicar a companhia e/ou outros acionistas ou de obter de para si ou para outrem vantagem que não faz jus. No entanto, seguindo a teoria objetiva do abuso de direito, afirma Carvalhosa que esta intenção não deve ser *“subjetivamente perquerida, na medida em que dificilmente se pode distinguir, no capítulo da prova, o dolo do simples erro. (...) o caráter subjetivo da conduta tem sido posto de lado pela jurisprudência. Esta tem afirmado que o abuso de direito reputa-se configurado mesmo que a intenção fraudulenta não esteja provada, bastando que a deliberação vise alcançar fins que se repugnam o sentimento jurídico.”*¹⁰⁹

Com efeito, para que o voto seja considerado abusivo será suficiente uma análise objetiva dos fatos, não sendo necessária a comprovação da efetiva existência do dolo ou da culpa, em razão da dificuldade da produção deste tipo de prova, até porque, o acionista poderá alegar que *“simplesmente errou na*

¹⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Direito empresarial..., p. 90. Exemplificando estas situações o autor assevera que *“Assim é que o acionista controlador pode auferir, como resultado da deliberação impugnada, benefício econômicos diversos da simples distribuição de dividendos ou bonificações em dinheiro, ora, embora seja controlador, ele não deixa de ser acionista, não podendo, portanto pretender, nessa qualidade, vantagens diversas das que competem, por lei, aos demais acionistas.”*

¹⁰⁹ CARVALHOSA, Modesto. Comentários..., p. 403. Em sentido contrário afirma Borba (in Direito societário. 5.º ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 307) que *“o voto abusivo envolve sempre um elemento subjetivo – o dolo – caracterizando-se pela intenção deliberada do acionista de causar dano à companhia ou a outros acionistas ou de obter vantagem indevida para si próprio ou para terceiros, em detrimento da companhia ou de outros acionistas.”*

apreciação da matéria, não tendo qualquer intenção de lesar a companhia ou os outros acionistas."¹¹⁰

Além disso, é importante ressaltar que a regra do art.115 da Lei n.º 6.404/76, aplica-se a todos os acionistas, sejam eles minoritários ou controladores. Já com relação a estes também deve-se observar o disposto no § único do art. 116. Assim, o acionista controlador além de ter que votar de acordo com o interesse comum dos sócios deverá observar os interesses dos trabalhadores da companhia e de toda comunidade na qual esta atua.

Nesse sentido, assevera Comparato que existem diferenças entre o exercício abusivo do voto pelo acionista controlador e pelo minoritário:

*"Há, portanto, interesses que devem ser atendidos no exercício dos poderes que a lei atribui aos acionistas, sejam eles controladores ou não e a não realização intencional desses interesses, legalmente impostos, configura um abuso ou desvio de poder, juridicamente sancionável. Mas o status de controlador difere, aí, sensivelmente da posição do não controlador. Enquanto aquele tem deveres e responsabilidades não só em relação aos demais acionistas, mas também perante os trabalhadores e a comunidade em que atua a empresa, os não-controladores devem pautar sua atuação na companhia pelos interesses estritamente societários. É que uns são autênticos empresários, ao passo que outros não passam de capitalistas. Ora, o poder reconhecido ao empresário, é, tecnicamente, uma função, uma prerrogativa de gozo no interesse próprio, por isso que o controle não se confunde, de forma alguma, com a propriedade. O poder de voto do acionista não controlador, ao contrário, assemelha-se à prerrogativa dominial. Assim, enquanto a abuso de controle pode decorrer de uma omissão deliberada do empresário em usar de seu poder no interesse da empresa e da comunidade na qual esta se localiza; o abuso de voto dos não controladores só se configura de forma comissiva; não pela falta de uso, mas pelo mau uso do voto."*¹¹¹

Ademais, de acordo com o disposto no § 3.º do art.115 da Lei n.º 6.404/76, *"o acionista deverá responder pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não tenha prevalecido."* Portanto, será considerado abusivo o voto mesmo este que não tenha prevalecido na Assembléia Geral. Observe-se, outrossim, que caso não existisse esta determinação seria muito difícil responsabilizar o acionista minoritário, quando ele abusasse do seu direito de voto, pois na maioria das deliberações seu voto é vencido.

¹¹⁰ CARVALHOSA, Modesto. Comentários..., p. 404.

¹¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. Direito Empresarial..., p. 86.

3.1 ALGUNS CASOS CONCRETOS:

Antes de apresentarmos algumas situações concretas em que o abuso do direito de voto está caracterizado, é importante ressaltar que a lei não enumerou todas as hipóteses em que este abuso ocorrerá. Nesse sentido, Oliveira, citando Mérces da Silva Nunes, assevera que *“a lei disciplinou algumas hipóteses descritivas de voto abusivo, sem ser, entretanto, a enumeração taxativa, mas tão somente exemplificativa, na medida que torna-se impossível a enumeração de todas as hipóteses dada a variedade de fatos peculiares a cada situação.”*¹¹²

Porém, mesmo não enumerando todas estas situações, a Lei n.º 6.404/76, no seu art. 115, fixou o princípio de que o voto deverá, em toda e qualquer situação, ser exercido no interesse da companhia. Assim, para caracterizar as situações de abusividade, o operador do direito sempre deverá ter em vista esta determinação legal.

3.3.1 O Abuso de Direito de Voto Pelo Acionista Controlador:

*“O voto exercido pelo controlador em assembléias gerais não é a manifestação de uma prerrogativa atribuída pela lei no interesse do próprio votante – como no caso dos não controladores – mas um autêntico poder-dever.”*¹¹³

Conforme acima mencionado, de acordo com o disposto no § único do art. 116, o acionista controlador além de ter que votar de acordo com o interesse da companhia, também deverá observar os interesses dos demais acionistas, dos trabalhadores da empresa e da comunidade na qual atua.

Note-se, ainda, que o acionista controlador, conforme o próprio nome já indica, detém o controle da sociedade, uma vez que é titular da maioria dos votos nas deliberações das S.A. Assim sendo, o seu voto sempre será prevaiente.

¹¹² OLIVEIRA, Fernão Justen de. Ob. Cit., p. 156.

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Direito empresarial..., p. 93.

Devido a estes motivos, o voto do controlador será submetido a um controle muito mais severo do que dos demais acionistas. *“Toda e qualquer vantagem extra-societária que os controladores retirem de uma deliberação de assembléia suscita, desde logo, a presunção de abuso, competindo-lhes provar que, no caso, a aparente iniquidade do resultado não representou um desvio de função, em detrimento dos interesses acionários comuns.”*¹¹⁴

Dito isso, o § 1.º do art. 117 da Lei n.º 6.404/76, elenca algumas modalidades de abuso de poder do acionista controlador. Entre estas, podemos verificar que este abuso poderá se dar através do exercício do direito de voto.

Na hipótese da alínea “a”, o acionista controlador estará abusando do seu direito de voto sempre através deste, procurar orientar a companhia para fim estranho ao seu objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade em prejuízo da economia nacional ou da participação dos minoritários nos lucros ou no acervo da companhia.

De acordo com o disposto no art. 136, a incorporação, a cisão e a fusão da sociedade deverá ser objeto de deliberação em Assembléia Geral Extraordinária. Além disso, para se liquidar ou transformar a companhia também é necessária a deliberação entre os sócios. Dito isso, nos termos a alínea “b” do art. 117 o acionista controlador, abusará do seu direito de voto, quando em razão do seu voto prevacente, promover a liquidação da companhia próspera, ou a transformação, incorporação ou cisão da sociedade com o fim de obter para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, das pessoas que trabalham na empresa ou dos investidores desta.

Além disso, também abusará do seu direito de voto sempre que votar pela alteração estatutária que não atenda aos interesses da companhia bem como que vise prejudicar acionistas minoritários, e/ou demais pessoas ligadas direta ou indiretamente à sociedade. A ilegalidade também estará caracterizada quando o controlador, a fim de obter favorecimento pessoal ou de terceiros que não a sociedade, elege administrador ou fiscal técnica e/ou moralmente inapto, quando

¹¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Direito empresarial..., p. 93.

através da assembléia geral ratifica ato ilegal praticado pelo administrador ou fiscal da companhia e, por fim, quando, nas deliberações sociais, aprova ou faz aprovar contas irregulares de administradores, por seu favorecimento pessoal.

Estas são algumas das situações previstas na lei de abuso de direito de voto do acionista controlador. Contudo, analisando uma a uma verifica-se que o legislador procurou apenas exemplificar algumas dessas situações, pois mesmo que a lei não tivesse elencado estas hipóteses, todas elas seriam consideradas abusivas em razão da regra geral do § único do art. 116.

Assim sendo, caracterizado o abuso de direito de voto pelo acionista controlador, ele responderá pelos danos causados à companhia, sendo que, conforme se verá, a deliberação poderá ser anulada em razão da prevalência do voto abusivo.

3.3.2 O Abuso de Direito de Voto Pelo Acionista Minoritário:

Conforme anteriormente mencionado, o voto do acionista minoritário obedecerá o disposto no *caput* do art. 115 da Lei das S.A. Contudo, diferentemente do que ocorre com o acionista controlador, *“o voto do acionista minoritário, ao contrário e de regra, não prevalece. Por isso, o abuso de direito de voto pelo minoritário aparece como comportamento negativo de acompanhar a deliberação mais proveitosa possível para a companhia. Emerge, portanto, da conduta obstrucionista à decisão mais vantajosa para a sociedade.”*¹¹⁵

Oliveira, afirmará, ainda, que *“o acionista minoritário abusará de direito quando a invocação dele destinar-se a obstruir o desenvolvimento, pelo controlador, em toda a extensão e autorizado para tanto, do poder-dever de condução dos negócios sociais ou tender a conseguir benefício maior do que o normalmente sua participação acionária permitirá.”*¹¹⁶

¹¹⁵ OLIVEIRA, Fernão Justen de. Ob. Cit., p. 161.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Fernão Justen de. Ob. Cit., p.222.

O abuso de direito pelo acionista minoritário pode ser observado nos casos em que ele vota contra a aprovação das contas, quando nada tem a objetar quanto a elas. Ora, se ele acha que as contas não estão corretas, deve abster-se.

Note-se, também, que nesta situação o prejuízo à sociedade é evidente, na medida em que ela pode “*sofrer restrição de crédito devido à publicação da ata de deliberação constando voto contrário à aprovação das contas.*”¹¹⁷

Além disso, os motivos da não aprovação das contas pelo minoritário ensejarão o voto abusivo sempre que a divergência apresentada seja totalmente infundada, “*proferida com o propósito nitidamente difamatório*”¹¹⁸ ou de prejudicar a sociedade.

Dito isso, observe-se, ainda, que nos casos de abuso de direito de voto do acionista minoritário haverá muito mais um controle da legitimidade do voto do que do seu mérito. Isto porque irá se reprimir “*não a liberdade de voto, mas o abuso dessa liberdade.*”¹¹⁹

Assim sendo, caracterizado o abuso de direito de voto pelo acionista minoritário, ele responderá, nos termos do art. 115, § 3.º da Lei n.º 6.404/76, pelos danos decorrentes da sua conduta ilegal, mesmo que o seu voto não tenha prevalecido e independentemente da comprovação do dano à sociedade ou a outros acionistas.

3.3.3 O Abuso de Direito de Voto Decorrente de Acordo de Acionistas:

Conforme anteriormente mencionado, os acordos de acionistas podem versar sobre o exercício do direito de voto. Neste caso, o acordo surge como um instrumento para o exercício deste direito e terá por objetivo “*a proteção dos interesses uti singuli dos acionistas que o subscrevem. Visa proteção dos*

¹¹⁷ OLIVEIRA, Fernão Justen de. Ob. Cit., p. 203.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Fernão Justen de. Ob. Cit., p. 203.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Fernão Justen de. Ob. Cit., p. 162.

*interesses patrimoniais e políticos, no seio da companhia, e que se traduzem, via de regra, em critérios de distribuição de dividendos, na nomeação de administradores, ou no exercício agregado do controle ou no dos direitos das minorias.*¹²⁰

Complementando esse pensamento, Carvalhosa afirma que:

*“Não se vislumbra, com efeito, no acordo de acionistas, o interesse comum de todos os sócios, mas apenas daqueles que fazem parte do ajuste. Se fossem coincidentes com os coletivos, não haveria, é obvio, necessidade de disciplinar seus interesses, em negócio apartado do genuinamente social, que se consubstancia no estatuto da sociedade. Não ocorre, portanto, aquilo que a corrente contratualista denomina de zona de interesse comum dos acionistas e da própria companhia.”*¹²¹

São por estes motivos que, no caso dos acordos de acionistas, há uma presunção de abuso de direito de voto. Tanto assim o é, que, de acordo com o disposto no § 5.º do art. 118 da Lei n.º 6.404/76, os administradores – das S.A. abertas - devem informar à assembléia geral as disposições do acordo sobre a política de reinvestimento dos lucros e distribuição de dividendos.

Além disso, o § 2.º deste mesmo artigo, dispõe que os acordos de acionistas sobre o exercício do direito de voto não poderão ser invocados para eximir o sócio das sanções previstas no art. 115 e, quando este for o controlador, as do art. 117 das Lei das S.A.

Isto posto, não se pode olvidar que é lícito o acionista buscar a satisfação de seus interesses individuais, desde que este não conflite com o interesses da sociedade, entendido como o interesse comum dos sócios *uti socii*.

Haverá, portanto, o abuso de direito de voto “*quando a satisfação dos interesses uti singuli, consubstanciados no acordo de acionistas, produz-se com o sacrifício dos uti socii, ou seja, se a satisfação do interesses individual realiza-se em sacrifício do social.*”¹²²

Outro aspecto a ser considerado é que os acordos de acionistas podem vigorar por muitos anos. Contudo, no decorrer deste período o interesse da companhia pode mudar. Assim, o acordo que inicialmente foi firmado em

¹²⁰ CARVALHOSA, Modesto. Acordo..., p. 113.

¹²¹ CARVALHOSA, Modesto. Ob. Cit., p. 113.

¹²² CARVALHOSA, Modesto. Ob. Cit., p. 114.

consonância com o interesse social, pode, em decorrência de alterações econômicas e políticas na companhia, tornar-se totalmente incompatível com este. No entendimento de Carvalhosa, situações como a presente criam o dever dos acionistas contratantes de votarem visando atender o interesse social, contrariando, deste modo o disposto no acordo de acionistas, ao qual estavam vinculados.

Nesse particular afirma este autor que:

“A situação de conflito, dessa forma, tem efeito liberatório, no que se refere à deliberação específica, naquele determinado momento. Não tem, por conseguinte, efeito resolutório da própria avença. Trata-se, no caso, diante de circunstâncias não previstas no ajuste, de mera suspensão de seus efeitos. Caberá a todos os acionistas covenantes manifestar essa suspensão, cientificando a sociedade de tal intento, a fim de que exerçam o voto no interesses social. A conduta social dos contratantes, suspensiva de suas obrigações contratuais na espécie, deve ater-se estritamente a critérios objetivos, no que diz respeito às respectivas circunstâncias imprevistas no âmbito da companhia. Essa iniciativa coletiva dos contratantes de suspender, momentaneamente, os efeitos do acordo de votos impõe-se como dever legal, por força do disposto nos art. 115, 116 e 117 da lei societária.”¹²³

Assim sendo, configurado o conflito de interesses, o acordo deve ser suspenso e o acionista, individualmente, deverá votar no interesse da sociedade, evitando, deste modo, a sua responsabilização por perdas e danos, nos termos da Lei n.º 6.404/76.

Por fim, com relação ao acordo firmado por acionistas minoritários visando a proteção dos seus interesses, haverá abuso de direito de voto, sempre que este acordo tiver como objetivo, meramente emulativo, a oposição ou a obstrução do poder de controle de companhia.

3.3.3 O Abuso de Direito de Voto por Terceiros:

Conforme anteriormente mencionado, a Lei das S.A. permitiu a representação do acionista nas Assembléias Gerais. Assim sendo, passou-se a admitir a possibilidade de terceiros, que não o acionista titular da ação, votassem nas Assembléias Gerais.

¹²³ CARVALHOSA, Modesto. Ob. Cit., p. 121.

Essa situação está expressamente prevista no § 1.º do art. 126 da lei societária que assim dispõe:

“Art. 126.

(...)

§ 1.º O acionista pode ser representado na assembléia geral por procurador constituído há menos de um ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado; na companhia aberta, o procurador pode, ainda ser instituição financeira cabendo ao administrador de fundos de investimento representar os condôminos.”

Em virtude disso, não se pode ignorar a possibilidade de terceiros abusarem do direito de voto.

Um exemplo de abuso de direito de voto por terceiros, pode ser vislumbrado quando uma instituição financeira - visando beneficiar particularmente o acionista que lhe conferiu, por meio de mandato, este direito - vota na assembléia contra o interesse social, em total arrepio ao disposto no art. 115.

Nestes casos, *“se o procurador, como tal, exercita o voto com abuso de direito, causando prejuízos a sociedade, o mandante responderá pelos prejuízos (art. 115, §§ 3.º e 4.º) mas o acionista terá ação contra o procurador pela prática ilícita do mandato, nos termos da lei comum.”*¹²⁴

Observe-se, por fim, que não obstante seja o representante quem efetivamente abusa do direito de voto, perante a sociedade quem pratica o ato abusivo é o acionista, tendo em vista o disposto no art. 1.313 do Código Civil.¹²⁵

Portanto, analisadas, brevemente, algumas situações concretas em que o abuso de direito de voto pode ser verificado, conclui-se que todas essas hipóteses, embora não previstas expressamente na lei societária, encontram seu fundamento nesta. Assim, o voto exercido visando atender interesses diversos do interesse da companhia será sempre considerado abusivo, independentemente de ter prevalecido ou não e seja ele proferido por acionista minoritário, majoritário e por terceiros.

¹²⁴ MARTINS, Fran. Ob. Cit., p. 45.

3.4 SANÇÕES AO VOTO ABUSIVO:

A lei societária, prevê como sanção ao voto abusivo, a obrigação do acionista de responder pelos danos causados à companhia.

Para que estes danos sejam reparados será necessária a propositura de uma ação de indenização. No presente caso, não será preciso a comprovação da culpa ou do dolo do acionista. Isto porque, o que deve ser efetivamente verificado é transgressão ao dever de não abusar do direito de voto, previsto no caput do art. 115. Além disso, conforme já exposto, a prova de que a deliberação visou alcançar fins que são contrários ao sentimento jurídico é suficiente para fundamentar a ação de reparação de danos.

No mais, a ação de indenização a ser proposta deverá atender aos demais requisitos exigidos pela lei civil, quais sejam, a comprovação da existência do dano, seja ele moral¹²⁶ ou material, e do nexo causal; bem como obedecer as regras processuais.

Isto posto, além da responsabilização do acionista em reparar os danos causados à companhia, a doutrina vem admitindo a possibilidade da nulidade do voto e até de anulação da deliberação, caso o voto abusivo tenha prevalecido. Observe-se que esta última hipótese está expressamente prevista no § 4.º do art. 115, entretanto, este dispositivo refere-se à sanção a ser aplicada nos casos de conflito formal de interesses e não de abuso de direito de voto.

Nesse sentido, afirma Comparato que:

“Seja como for, embora expresse o voto abusivo e computado na deliberação, sua nulidade é irrecusável. Se determinante houver sido esse voto para a formação da deliberação social, esta é anulável (art. 115, § 4.º), independentemente da pretensão condenatória em perdas e danos que possa ser ajuizada. Como objeto dessa indenização, a lei brasileira adotou o sistema norte-americano de transferência à companhia das vantagens eventualmente auferidas pelo votante. Em se tratando de voto minoritário, a única sanção, obviamente, é a de perdas e danos (§ 3.º).”¹²⁷

¹²⁵ Art. 1.313: Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não excedeu os limites do mandato, ficará o mandante obrigado com aqueles, com quem seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções.”

¹²⁶ Com a Súmula 277 do Superior Tribunal de Justiça ficou pacificada a questão de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral: “Sum. 227: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

¹²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Direito Empresarial..., p. 91/92.

França, a fim de justificar a possibilidade de anulação da deliberação na qual foi exercido abusivamente o direito de voto, desenvolve o seguinte raciocínio:

“É fato que o § 4.º do art. 115 não se refere diretamente ao voto abusivo: ‘A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.’ Mas nem precisava fazê-lo. Na medida em que o caput do art. 115 determina que o acionista vote no interesse da companhia, considerando abusivo o voto proferido com outra finalidade, a lei está afirmando – não há como negá-lo – que o voto abusivo pressupõe um interesse conflitante com o da companhia; desde que se entenda este último interesse como o interesse comum dos sócios uti socii à realização do escopo social, como se procurou demonstrar, qualquer voto proferido com a finalidade de causar dano à companhia ou à terceiros ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte ou possa resultar dano à companhia é conflitante com aquele interesse comum. E, a confirmar o entrelaçamento do voto abusivo e do voto conflitante na nossa lei a expressão ‘vantagens’, constante do § 4.º do art. 115 (onde se fala do interesse conflitante), encontra exata correspondência na ‘vantagem a que não faz jus’ a que se refere o caput do mesmo artigo (onde se cuida do voto abusivo).”¹²⁸

Contudo, esse entendimento não é unânime tanto na doutrina quanto na jurisprudência¹²⁹. Em sentido contrário, temos o posicionamento de Ulhôa Coelho¹³⁰ e de Carvalhosa, que aponta a possibilidade de anulação da deliberação apenas para os casos de conflito formal de interesses (Art. 115, § 1.º).

Além da reparação de danos e da anulação da deliberação, há também, aqueles que entendem ser possível, como sanção ao voto abusivo, a suspensão do exercício deste direito, com fundamento no art. 120 da Lei n.º 6.404/76¹³¹.

¹²⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Ob. Cit., p. 99.

¹²⁹ No julgamento dos Embargos Infringentes em Apelação Cível n.º 38.701, datado de 16.04.1986, o 4.º Grupo de Câmara Cíveis do TJRJ, decidiu, por maioria de votos, anular a deliberação social, na qual o voto abusivo havia prevalecido. Já o voto vencido, com o intuito de manter a decisão embargada, entendeu pelo julgamento de improcedência da ação anulatória, uma vez que a única sanção vislumbrada para casos de abuso de direito de voto é a ação de reparação de danos. (ver inteiro teor do acórdão no anexo I).

¹³⁰ “O voto abusivo nunca é causa de invalidação da assembléia ou do resultado da votação; já o conflitante se foi essencial para a deliberação, pode comprometer a validade desta. (...) Somente se o desprezo do voto conflitante conduziria à alteração da deliberação social será esta inválida (anulável). É a adoção do princípio jurídico de que não há nulidade sem prejuízo.” (in Curso de direito comercial. V II, p. 307/308.)

¹³¹ Art. 120. “A assembléia geral poderá suspender o exercício dos direitos do acionista que deixar de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelo estatuto, cessando a suspensão logo que cumprida a obrigação.”

No entendimento de Oliveira, o voto é um dos direitos cujo exercício pode ser suspenso, especialmente por não consistir num direito essencial do acionista¹³².

Conforme dispõe o inciso V do art. 122, compete privativamente à assembléia geral suspender o exercício dos direitos do acionista. Contudo, esta disposição é aplicável apenas nos casos de conflito formal de interesses, quando as situações de impedimento podem ser verificadas *a priori*. Já no caso do conflito substancial, o exame da abusividade não poderá ser realizado antes da deliberação, tendo em vista a ausência de elementos objetivos capazes de caracterizar o voto abusivo, antes mesmo que ele seja proferido.

Diante disso houve uma transferência da assembléia geral para o Poder Judiciário da “*prerrogativa de suspender direitos do acionista, quando apurada a prática de ato abusivo através do conflito substancial de interesses, inclusive declarando a nulidade do voto.*”¹³³

Por fim, um aspecto importante a ser salientado é que a análise, pelo Judiciário, do mérito do voto será limitada, e terá a finalidade específica de descobrir um vício de legitimidade deste.

Nesse sentido, Lamy Filho e Bulhões Pedreira afirmam que:

*“Para verificar, em cada caso, a ocorrência de abuso no exercício do direito de voto, é indispensável que o juiz perquiria os fins com que o acionista exerceu o voto, uma vez que a ilegalidade que vicia a deliberação da assembléia geral consistem votar com outro fim que não o interesse da companhia. A prova da intenção do acionista que exerce o voto com violação da lei não revela sua intenção, mas ao contrário, procura disfarçá-la com a alegação do interesse da companhia. Essa sindicância da intenção do acionista não se confunde com a apreciação do mérito ou da conveniência da deliberação da assembléia: ainda que a decisão tomada pelo acionista ao exercer o direito de voto seja – segundo qualquer critério – errada ou inconveniente para a companhia, seu voto é válido se agiu de boa-fé no interesse da companhia.”*¹³⁴

Assim sendo, nos casos de abuso de direito de voto as sanções aplicáveis – por intermédio do Poder Judiciário - são: a responsabilização do acionista pelos danos causados à companhia, a nulidade do voto, a anulação da deliberação e até da assembléia conforme for o caso, e também a suspensão

¹³² OLIVEIRA, Fernão Justen de. Ob. Cit., p. 213.

¹³³ OLIVEIRA, Fernão Justen de. Ob. Cit., p. 217.

¹³⁴ In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Ob. Cit., p. 97.

deste direito. Importante ressaltar que a aplicação de uma sanção não implica em prejuízo da outra.

Com efeito, essa pluralidade de sanções deixa claro que a Lei n.º 6.404/76, ao tratar do voto abusivo, adotou a teoria objetiva do abuso de direito, até porque, conforme anteriormente mencionado, não é necessária a demonstração do dolo ou da culpa do acionista para que o abuso fique caracterizado.

CONCLUSÕES:

De acordo com o que foi desenvolvido na presente monografia, nota-se, que o direito de voto foi amoldando-se de modo a melhor atender aos interesses perseguidos nas Sociedade Anônimas. Isto pode ser facilmente percebido com a regulamentação, pela Lei n.º 6.404/76, do acordo de acionista, bem como pela instituição, no *caput* do artigo 115, do princípio de que o voto deve exercido no interesse da companhia.

Além disso, em virtude deste princípio, o direito de voto deve ser visto não só como um instrumento de formação da vontade social, mas também, conforme afirma Comparato, um poder-dever do acionista. Será um poder na medida em que repercutirá na esfera de outrem (Ex: acionistas, terceiros e no caso do acionista controlador irá influenciar os trabalhadores da companhia e toda a comunidade na qual atua) e será um dever, pois seu exercício deverá sempre visar o interesse social, sob pena caracterizar o voto abusivo.

Com relação ao interesse social e às teorias desenvolvidas visando conceituar esta figura, tem-se que a nossa legislação adotou um sistema dual, uma vez ao interpretarmos *caput* do art. 115 da Lei 6.404/76, o interesse companhia deve ser entendido de acordo com a visão contratualista, ou seja, como o interesse comum dos sócios, *uti socii*. Já no que se refere ao acionista controlador, o § único do art. 116 deixa clara a adoção da teoria institucionalista, na medida em que este deverá observar, quando do exercício do seu direito de voto, não só o interesse comum dos sócios, mas também dos trabalhadores e de toda a comunidade na qual atua. Entretanto, havendo conflito entre o interesse comum dos sócios e o da comunidade, o interesse desta deverá prevalecer, o que demonstra o caráter “ligeiramente” institucionalista da nossa legislação.

Quanto ao abuso de direito, podemos concluir que este instituto não deve ser confundido com o ato ilícito, uma vez que consiste na infração de deveres gerais de conduta e não de um preceito normativo, conforme ocorre naquele. Ademais, outro aspecto que permite a distinção entre estas figuras é o fato de

que o ato ilícito será sancionado apenas com a indenização dos danos decorrentes da conduta ilegal. Já no abuso de direito, particularmente no abuso de direito de voto, o acionista que o exercer abusivamente responderá, independentemente de que tenha ou não prevalecido o seu voto, pelos danos causados, além de existir a possibilidade de suspensão deste direito, bem como de anulação do voto, da deliberação e até a Assembléia Geral, caso o voto abusivo tenha prevalecido.

Dito isso, o direito de voto estará caracterizado sempre que for exercido em contrariedade ao interesse social. Observe-se que o princípio estabelecido no *caput* do art. 115, já é suficiente para a identificação das situações de abusividade, sendo desnecessária a previsão legal de que “*considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano a companhia ou a outros acionistas, ou de obter para si ou para outrem vantagem que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outro acionistas.*” Isto porque, em todas estas situações o voto estará sendo exercido, flagrantemente, contra o interesse da companhia.

Ademais, em virtude da adoção pela Lei n.º 6.404/76 da teoria objetiva do abuso de direito, não será necessária a comprovação da culpa ou do dolo do acionista para que o voto abusivo fique delineado. Por fim, tem-se que a nossa legislação não previu expressamente todos os casos de abuso de direito voto. Contudo, aplicando-se a regra geral do *caput* do artigo 115 e a do § único do 116 – no caso de acionista controlador – estas situações abusividade serão facilmente identificadas.

Entretanto, antes da aplicação destes dispositivos, deve-se verificar atentamente se a situação analisada, consiste efetivamente em um caso de abuso de direito de voto – conflito substancial de interesses - uma vez que, não raro, este instituto é confundido com conflito formal de interesses, figura esta prevista no § 1.º do art. 115.

Do todo o exposto, conclui-se que, embora o voto não seja considerado um direito essencial do acionista, o seu exercício é de extrema importância para

o desenvolvimento da companhia, na medida em que será por meio deste que será formada a vontade social. Em virtude disso, o exercício abusivo deste direito, principalmente pelo acionista controlador, poderá acarretar em consequências desastrosas para a sociedade, motivo pelo qual a nossa lei fornece subsídios para a identificação e punição do voto abusivo, até porque estes são, sobretudo, mecanismos de proteção e manutenção da estrutura das sociedades anônimas.

BIBLIOGRAFIA:

ALMEIDA, Amador Paes. **Manual das sociedades comerciais**. São Paulo: Saraiva, 1978.

AMARAL, Francisco. **Direito civil introdução**. 3.º ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2000.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos estados unidos do Brasil commentado**. VI, 7.ª ed., São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1944.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 5.ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BULARELLI, Waldírio. **Manual das Sociedades Anônimas**. 10.ª ed., São Paulo: Atlas, 1998.

_____ **Regime jurídico de proteção às minorias nas S/A**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____ **O poder de controle na sociedade anônima**. 3.º ed, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CARVALHO SANTOS, J.M. de. **Código civil brasileiro interpretado**. V III, 10.ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos.

CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionistas**. 1.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976**. V. I e II, Edição de 1997, São Paulo: Saraiva, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. V. II, 3.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Manual de direito comercial**. 9.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

CUNHA LUNA, Everardo da. **O ato ilícito**. RT 773, 2000.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial – O estatuto da sociedade por ações**. V. IV, São Paulo: Saraiva, 1961.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de interesses nas assembleias de S.A.** São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Invalidade das deliberações de assembleia das S.A.** São Paulo: Malheiros, 1999.

GOMES, Orlando. **Introdução ao estudo do direito**. 13.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Obrigações**. 12.^o ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A lei das s.a.** V I, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas.** V. II, tomo I, 1.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Curso de direito comercial.** 25.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor.** 29.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Abuso de direito do acionista minoritário.** Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Pós-Graduação em Direito, 1997. Dissertação de Mestrado.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial: estudos e pareceres.** V I, 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Curso de direito Comercial.** V. II, 20.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes em Apelação Cível n.º 38.701. 4.º Grupo de Câmaras Cíveis. Relatora: Desembargadora Áurea Pimentel Pereira, 16 de fevereiro de 1986. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.º 615, p. 162, 1987.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário.** São Paulo: Malheiros, 1998.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. V. I, 19.º ed., Forense: Rio de Janeiro, 2000.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedades por ações**. Vol. II, 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

ANEXO I:

Inteiro teor do acórdão – mencionado na nota de rodapé 130 - proferido pelo 4.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos de Embargos Infringentes em Apelação Cível n.º 38.701. Data do julgamento: 16 de abril de 1986. Relatora: Desembargadora Áurea Pimentel.

no dia 20.6.85 e o início da cobertura ocorreria em 1.º de julho do mesmo ano.

Não vejo, finalmente, como pareceu ao ilustre Prolator da sentença, o aspecto leonino na estipulação das condições para a cobertura do sinistro, sabendo-se que são ditadas em caráter geral e uniforme, decorrentes da natureza adesiva do contrato de seguro.

A respeito da natureza jurídica do contrato de seguro, preleciona Orlando Gomes:

"As empresas seguradoras desempenham tão importante função na vida econômica que estão passando ao controle da Administração Pública, se bem que esse negócio ainda continue predominantemente a ser explorado por particulares. O regime legal a que se acha submetido tende para o Direito Público. A liberdade de contratar restringe-se dia a dia, substituindo-se, no conteúdo do contrato, as cláusulas contratuais por normas legais. Onde, porém, ainda sobrevive a autonomia contratual, a empresa seguradora redige as condições gerais do seguro que integram o contrato, ao lado das cláusulas obrigatórias, destinando-se, por sua uniformidade, à aceitação inevitável de quem queira fazer o seguro. Sob esse aspecto é, inequivocamente, um contrato de adesão. Tanto é, porém, essa uniformidade que quase não variam as apólices das diversas companhias de seguros no mesmo ramo.

"A legislação especial de seguros segue a tendência de favorecer o segurado na linha da política de tutela do contraente que não tem outra alternativa senão aderir às condições preestabelecidas pelos seguradores" (*Contrato de Adesão*. Ed. RT, 1972. p. 154, n. 108).

Por todos esses fundamentos, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, invertendo os ônus da sucumbência. Custas pela recorrida.

VOTO — O Sr. Des. José Vidal (revisor): Acompanho o brilhante voto de V. Exa., lamentando a infelicidade da apelada que perdeu o marido e lamentavelmente não pode se valer de um seguro que não se concretizou, em face de todos os fundamentos apresentados por V. Exa.

VOTO — O Sr. Des. Benedito Pereira do Nascimento (vogal): Também acompanho o brilhante voto de V. Exa.

DECISÃO — Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, proveram o recurso para julgar improcedente a ação, invertendo-se o ônus da sucumbência. Custas pela apelada.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Atahide Monteiro da Silva. Relator o Exmo. Sr. Des. Atahide Monteiro da Silva. Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atahide Monteiro da Silva, José Vidal e Benedito Pereira do Nascimento.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

SOCIEDADE COMERCIAL — Anônima — Assembléia geral — Convocação para aprovação de alienação celebrada pelo presidente — Negócio manifestamente lesivo à empresa — Impedimento do administrador para votar aprovação do próprio ato — Anulação do voto — Aplicação do art. 115, § 1.º, da Lei 6.404/76 — Votos vencidos.

O sócio administrador pode ser admitido a votar matéria relacionada com ato de sua administração. No entanto, o que não se pode tolerar é que tal sócio possa votar em descompasso com o interesse da própria sociedade — descompasso, este, que se verifica em ato por ele praticado que seja manifestamente lesivo à empresa. (Red.)

Ementa oficial: Sociedade anônima. Anulação de deliberação, em assembléia de acionista, que

ratificou transação ruinosa para a sociedade. Sócio administrador. Conflito de seus interesses com os próprios interesses da sociedade. Como se resolve.

Ap. 38.701 (Eln/rs) — 4.ª Gr. Cs. — j. 16.4.86 — rela. Dcsa. Aurca Pimentel Pereira.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos infringentes na apelação cível 38.701, em que figuram, respectivamente, como embargante Vera Lúcia Condé e, embargados 1) Leblon Hoteleira S/A e Sydônia Machado Cruz e 2) Synia Machado Cruz: Acordam os Desembargadores do 4.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em, por maioria, contra os votos dos Des. Relator e Rui

Domingues, dar provimento aos embargos. Lavrará o acórdão a Des. Revisora. Assim decidem pelas razões seguintes.

Como se vê dos autos, a embargante moveu a presente ação objetivando ver declarada a nulidade de voto dado em assembléia de acionistas, voto, esse, que, se afirma, teria entrado em conflito com os interesses da sociedade, quando ratificou venda feita por preço vil de imóvel de propriedade da mesma sociedade.

Consoante se recolhe da ata, por xerox a fls. 49 da medida cautelar, o voto que a embargante sustenta lesivo — portanto, em conflito com os interesses da sociedade — foi proferido pela presidente da sociedade e inventariante do espólio do sócio majoritário, sócio, esse, que se afirma nos autos, de forma incontroversa, deteria 98% do capital social.

Vê-se, mais, dos autos que através do referido voto foi aprovada venda feita em 1983, ou, mais precisamente, em 31.8.83, de apartamento *duplex* na R. Nascimento Silva, em Ipanema, pelo irrisório preço de Cr\$ 38.000.000,00, pago com pequena entrada de Cr\$ 8.000.000,00 e com o saldo parcialmente congelado, preço, esse, que, à época da transação, situava pouco acima da avaliação defasada feita em laudo pericial para o mês de maio/82 (fls. 66 do apenso).

De que a operação (transação imobiliária) foi ruínosa aos interesses da sociedade não se tem dúvida, já que a venda foi celebrada, de fato, por preço vil, e, ademais, efetivada por procurador da sociedade que não exibiu alvará judicial, *in casu* imprescindível, porque, à época, já era falecido o sócio majoritário da sociedade (fls. 54).

É verdade que não se está diante de voto que tivesse sido dado pela inventariante do espólio do sócio majoritário com vistas à ratificação de ato de administração da mesma inventariante, pois, como se lê da escritura de fls. 25-27 do apenso, quem firmou dita escritura, pela sociedade, foi o procurador desta última, Paulo Roberto Cruz Vasconcellos.

É indiscutível, contudo, que se está diante de voto através do qual ratificou-se transação feita em conflito com os reais interesses da referida sociedade, não se podendo deixar de reconhecer que o sócio que se declara favorável à aprovação de

transação ruínosa aos interesses da sociedade, indiscutivelmente, está-se pondo em conflito com os interesses da mesma sociedade.

Reconhece-se que, em certas ocasiões, o sócio administrador possa ser admitido a votar matéria relacionada com ato de sua administração, pois, do contrário, em determinados casos, correr-se-ia o risco de ficar a matéria sem possibilidade de ser na assembléia de acionista votada, uma vez ocorrida a ausência dos sócios minoritários.

O que não se pode tolerar é que tal sócio (administrador) possa votar em descompasso com os interesses da própria sociedade (art. 115, § 1.º, da Lei das Sociedades Anônimas).

No caso dos autos, tal descompasso ou conflito, de fato, se instalou quando a inventariante do espólio do sócio majoritário votou no sentido da ratificação de transação verdadeiramente ruínosa para a sociedade.

Quanto à alegação dos embargados de que somente o acionista que represente 5% do capital social poderia promover a anulação de deliberação da natureza da presente, não colhe, só valendo o argumento quando, na hipótese do art. 159, § 4.º, da Lei das Sociedades Anônimas, se estiver pretendendo ver reconhecida a responsabilidade civil do administrador por atos praticados.

Ainda que assim não fosse, observe-se que, a esta altura, a embargante representa interesse superior a 5%, herdara que se tornou de 25% das ações deixadas por seu pai.

Pelas razões expostas, portanto, acolhe a maioria os embargos, nos termos do voto vencido.

Rio de Janeiro, 16 de abril de 1986 — BARBOSA MOREIRA, pres., sem voto. — ÁUREA PIMENTEL PEREIRA, relatora — NARCIZO PINTO, vencido, com a seguinte declaração de voto: Com a devida vênia da douta maioria, rejeitava os embargos, pelas seguintes razões.

A anulação de voto de acionista está prevista no § 4.º do aludido art. 115 e só pode ocorrer na hipótese de voto proferido por acionista que tenha interesse conflitante com o da companhia. Para outras hipóteses, inclusive a de prejuízo à sociedade, o que a lei prevê é a responsabilidade civil do acionista (§ 3.º).

Os casos em que pode ocorrer colisão de interesses estão previstos no § 1.º do mesmo artigo e referem-se a deliberações relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador; e quaisquer outras deliberações que possam beneficiar o acionista de modo particular, ou em que tiver interesse contrário ao da companhia.

Assim, além das hipóteses tipificadas como vedativas do exercício do voto, a abstenção só pode ter como fundamento a existência de conflito de interesses, que, como o próprio nome indica, se configura quando o interesse do acionista se apresenta em oposição ao da sociedade.

O caso dos autos não se refere a qualquer das hipóteses típicas acima mencionadas, pois aqui não se discute sobre deliberação relativa ao laudo de avaliação, nem a respeito de contas de administrador.

Como visto, a pretensão deduzida a fls. 2 assenta na alegação de que o voto proferido pela inventariante do espólio do acionista majoritário seria nulo porque resultou na aprovação de operação imobiliária.

É de se ver, contudo, que nada há nos autos que autorize afirmar que entre a aludida inventariante e a sociedade havia um conflito de interesses a impedir que aquela exercesse, em nome do espólio, o direito de voto na assembleia que aprovou a promessa de cessão.

O fato de a promessa ter sido feita por preço que, ao que se diz, seria inferior ao de mercado, por si só, não configura conflito de interesses a justificar a anulação da deliberação assemblear.

Com efeito, como observa Modesto Carvalhosa, "na esfera societária há interesse conflitante *stricto sensu* quando a satisfação do próprio interesse faz-se com o sacrifício do interesse social" (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 4.º v.).

Destarte só se poderia anular a deliberação da assembleia, com base em "conflito de interesses", se ficasse iniludivelmente demonstrado que estava em jogo interesse da inventariante a ser satisfeito com sacrifício do interesse social. Nesse sentido, porém, nada se demonstrou.

Ainda que se admita, para argumentar, que a promessa de cessão foi feita por preço inferior ao que valia, isto não quer dizer que algum interesse da inventariante houvesse sido satisfeito.

Assim, não estando evidenciado o conflito de interesse que justificaria a anulação da deliberação, correta apresenta-se, a meu ver, a solução dada pela ilustrada maioria da C. 6.ª Câmara Cível. — RUI OCTAVIO DOMINGUES, vencido, com a seguinte declaração de voto: Rejeitava os embargos infringentes. O acórdão embargado, da E. 6.ª Câmara Cível, confirmou a minuciosa e bem articulada sentença de 1.º grau (fls. 61-66).

O douto voto divergente reformava o julgado para julgar procedente ação de anulação de deliberação de assembleia de acionistas. Sem razão, *data venia*.

Não obstante o respeito devido às altas cogitações que alicerçaram a decisão da douta maioria, criou-se neste processo um precedente que subverte os princípios mais tradicionais da gestão de sociedades mercantis. *O acórdão embargado é incensurável*.

Nas sociedades de capital vigora o princípio basilar do sistema capitalista, segundo o qual, nas deliberações, prevalece a vontade dos que representam a maioria do capital social.

Agasalhou-se, neste processo, a *inaceitável interpretação da Lei das Sociedades Anônimas* segundo a qual o voto representativo de 98% do capital social não pode ser lançado, devendo ser dado como "impedido" aquele que o representa sempre que a deliberação tiver por objeto a ratificação de ato de diretor que seja também o acionista majoritário.

Em outras palavras: se o acionista majoritário é também diretor, deveria abster-se de votar na assembleia, ficando a ratificação dos seus atos à mercê da boa vontade de acionista titular de apenas 1% do capital social. Pode-se aceitar esta "interpretação" da vigente Lei das Sociedades Anônimas? Não.

Adoto os fundamentos da r. sentença de fls. 61-66, os do v. acórdão da E. 6.ª Câmara Cível (fls. 101-107) e, ainda, os do primoroso voto de fls. 153. Rejeitava os embargos infringentes.

ACÓRDÃO EMBARGADO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de ape-

lação civil 38.701, em que é apelante Vera Lúcia Condé e apelados 1) Leblon Hotelaria S/A e outro e 2) Sydônia Machado Cruz: Acordam os Desembargadores que integram a 6.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão de 8.10.85, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, contra o voto do Des. Revisor.

Assim decidem considerado o relatório a fls. 96-98 e pelas razões que se seguem.

Como elucida o relatório, retratam os autos lamentável e penosa pretensão de acionista proprietária de 18.027 ações, correspondentes a 0,1202% do capital social de 150.000.000 de sociedade anônima fechada, familiar, no sentido de ver decretada a nulidade de voto proferido em assembléia geral extraordinária pela acionista, mãe da autora, representando o espólio do pai, fundador da sociedade e detentor de 98% das 150.000.000 ações que compõe o capital social.

É que, segundo o colorido da petição inicial, o voto anulando seria ilegal, porque proferido por sócio com interesse conflitante com os da sociedade, eis que com sua força majoritária permitiu que se ratificasse na aludida assembléia a alienação de bem da sociedade, sem motivação econômica ou financeira, abaixo do preço real, e, por isso, contrária aos interesses sociais.

Além do mais, a Sra. Sydônia, mãe da autora, representante do espólio do pai desta e marido daquela, votou ratificando o ato de alienação por ela praticado, pernicioso para o patrimônio social e, por isso, conflitante com os da sociedade, o que resulta em ofensa ao art. 115 da Lei das Sociedades Anônimas, que considera anulável a deliberação tomada pelo voto de sócio com interesse conflitante com os da sociedade.

Envolveu-se, também, na demanda a acionista Synia Machado Cruz, detentora de 0,1202% do capital social, irmã da autora, eis que participara ela da malsinada assembléia.

Além do aspecto moral subjetivo, indefensável, a ação não pode prosperar no plano material do Direito objetivo, tendo em vista os fatos enfocados nos autos e as normas legais pertinentes à espécie.

Como se vê das alegações da petição inicial, pretende-se a anulação da assem-

bléia de que se trata porque nela deliberou-se em contrário aos interesses sociais e em conflito de interesse entre acionista votante e os da companhia.

Tais eventos, no entanto, não se verificaram na espécie, e, ainda que tivessem ocorrido, não permitiriam as consequências objetivadas na ação.

O voto contrário aos interesses sociais, dando lugar à figura do abuso de direito de voto, é tratado no *caput* e § 3.º:

"Art. 115. O acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

"§ 3.º. O acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido."

Já o voto conflitante com interesse social, nos §§ 1.º e 4.º:

"§ 1.º. O acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outros que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

"§ 4.º. A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido."

Qual a sanção ou a consequência do voto contrário ao interesse social? Não é a anulação, sim a responsabilidade por perdas e danos.

Qual a consequência para o voto em conflito de interesses? Anulação (§ 4.º), mais perdas e danos. Fran Martins comenta assim este ponto: "... a deliberação tomada em decorrência do voto do acionista que tem interesse conflitante com o da companhia

é anulável, respondendo o acionista pelos danos causados e sendo obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido (§ 4.º). Também pelo regime da lei anterior poder-se-ia manter a deliberação em que houvesse interesse conflitante entre o acionista e a sociedade, pois, em tal caso, o acionista ficava apenas com a obrigação de responder por perdas e danos resultantes daquela deliberação. O assunto dava lugar a interpretações discordantes na doutrina: a lei atual foi taxativa a respeito, possibilitando a anulação da deliberação tomada pela assembléia geral, respondendo o acionista pelos danos causados e sendo obrigado a transferir para a sociedade os benefícios por acaso auferidos" (Fran Martins, *Comentários à Lei das S/A*, pp. 84 e 85).

Como se vê, a consequência pretendida pela autora da presente ação, a anulação da decisão, não poderá ser obtida nos casos de voto prejudicial ao interesse social, mas apenas nos casos de voto exercitado em conflito entre os interesses do acionista e os da sociedade.

É claro que, mesmo não se caracterizando aqui o voto em colisão de interesses — acarretante da anulação da deliberação — o abuso de direito de voto daria lugar à responsabilização civil do votante, no caso o espólio do acionista controlador, que foi representado por Sydônia, conforme § 3.º do art. 115 da Lei das Sociedades Anônimas.

O que se há de determinar agora é se o voto de Sydônia emitiu-se em colisão de interesses com o da sociedade ou foi apenas prejudicial à mesma.

Na verdade, ela votou duas vezes. Uma em nome próprio, representando uma ínfima parcela do capital social, talvez menos de 1%. E tal voto, embora vicioso, não tinha forças, dada sua inexpressividade, em relação ao capital, a construir qualquer deliberação, num ou noutro sentido.

O outro seu voto, aquele que exarou em nome do acionista controlador, representando 98% do capital, este, sim, foi decisivo para a deliberação. Mas este voto não era seu. O direito não confunde a pessoa do representante com a do representado. Quem votou com 98% do capital foi o espólio. E este, eventualmente, poderá ser responsabilizado, sendo certo que sua

responsabilização irá atingir forçosamente quem o representava, a indigitada Sydônia.

Poderia o *de cujus*, vivo estivesse, votar como votou o seu espólio? Sim. Tem 98% de capital. E a venda seria aprovada. Aprovada, mas sem excluir a responsabilização do alienante.

Infelizmente, o conflito de interesses em causa só se poderá resolver noutra ação, porque anulação da deliberação da assembléia é efeito só atingível nos casos de acionista votante em conflito com o interesse social.

Inaplicável a espécie é o parecer de Konder Comparato, lançado à luz da Lei das Sociedades Anônimas anterior, que não previa a anulação da deliberação nos casos de conflito de interesses, obrigando a uma construção jurisprudencial visante de tal resultado. Em fls. 9 pode-se observar que se trata de parecer sobre lei revogada, que em tal ponto é diferente da lei nova.

Em suma: o acionista tem todo o direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, inclusive propondo a responsabilidade civil dos votantes em contrário aos interesses sociais e a dos administradores da companhia (Lei 6.404, art. 159 e §§). Mas esse direito não inclui o de anular decisão de assembléia geral, a não ser nos casos do § 4.º do art. 115 da lei, que não estão presentes na espécie.

Observe-se, finalmente, que, consoante prescreve o art. 159 da Lei 6.404/76, compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia geral, ação de responsabilidade civil contra o administrador pelos prejuízos causados a seu patrimônio.

É certo que qualquer acionista poderá propor a ação, se não for proposta pela companhia nos três meses da deliberação da assembléia geral (art. 159, § 3.º).

Todavia, somente acionistas que representam 5%, pelo menos, do capital poderão fazê-lo se a assembléia deliberar não propor a ação, o que não ocorre com a autora, detentora de fração inferior a 1% do capital.

Ciente dessa realidade legal, a autora, com o exclusivo e lamentável propósito de perturbar a tranquilidade da sociedade e visando à pessoa de sua genitora, presidente da empresa, ingressou com a presente demanda carente de qualquer respaldo em lei.

Correta, pois, a solução dada ao feito pela decisão recorrida, julgando improcedente tão desprimorosa quanto descabida pretensão. Daí o desprovimento da apelação.

Rio de Janeiro, 8 de outubro de 1985. — BASILEU RIBEIRO FILHO, pres., sem voto — EMERSON SANTOS PARENTE, relator — RAUL QUENTAL, vencido, com a seguinte declaração de voto: A Leblon Hoteleira S/A tem como diretora-presidente Sydônia Machado Cruz, inventariante do Espólio de Paulo Câmara Cruz, o qual é titular de ações representativas de 98% do capital social.

Em agosto/83, sem prévia autorização da assembléia geral dos acionistas, exigida pelo estatuto da sociedade, alienou Sydônia imóvel do patrimônio social por preço evidentemente vil. Basta considerar que se trata de apartamento *duplex* em Ipanema avaliado no mês de maio/82 em Cr\$ 36.000.000,00, ou 20.273,98 ORTN, como valor para venda à vista, tendo sido alienado em agosto/83, 14 meses depois, por Cr\$ 38.000.000,00, que então representavam apenas 7.655,25 ORTN, e ainda assim para pagamento posterior de parte do preço correspondente a 6.043,6228 ORTN. Ainda mais: com cláusula segundo a qual o valor da parcela a ser paga posteriormente ficaria congelado se a escritura definitiva não fosse assinada em 240 dias, o que acabou por suceder, visto que a Leblon Hoteleira S/A não apresentou a documentação necessária.

Pois bem: consumada tal alienação, com desrespeito frontal ao disposto no estatuto e evidente prejuízo para o patrimônio da sociedade, pretendeu Sydônia convalidar o seu ato submetendo-o à aprovação da assembléia geral. Na assembléia para tanto convocada foi a operação aprovada contra o voto da autora, tendo Sydônia exercido o direito de voto na qualidade de representante legal do espólio detentor de 98% do capital.

Semelhante deliberação é anulável, nos termos do art. 115, §§ 1.º, *in fine*, e 4.º, da Lei 6.404/76.

Com efeito, o ato praticado por Sydônia na qualidade de diretora-presidente deu lugar à sua responsabilidade civil perante a sociedade, de acordo com o disposto no art. 158, II, da Lei 6.404, eis que importou em violação de regra estatutária expressa.

Essa circunstância configurou a colisão de interesses entre Sydônia e a sociedade e acarretou o impedimento daquela para votar a aprovação de seu próprio ato, como previsto no art. 115, § 1.º, *in fine*.

Dir-se-á que a regra legal se refere ao acionista e que Sydônia não votou nessa qualidade, e sim na de representante legal do acionista Espólio de Mário Câmara Cruz. Mas a *ratio legis* conduz a se dever reconhecer o impedimento mesmo nesse caso. O próprio *de cujus*, se vivo fosse e tivesse praticado o ato, não poderia votar a sua aprovação, por mais acionista controlador que fosse, pois a lei atribui ao acionista dessa espécie que exerce cargo de administrador os deveres e responsabilidades próprias do cargo (art. 117, § 3.º), e estaria ele igualmente impedido de ratificar o ato de que lhe teria advindo a responsabilidade civil. Não se compreende, então, que Sydônia esteja imune ao impedimento apenas por força da sutileza de não ter votado em seu nome próprio, e sim no do espólio. Na realidade, o que a lei não quer é que participe da votação quem estiver em situação de conflito de interesses com a companhia, tanto fazendo que essa pessoa seja acionista ou representante legal deste, pois em qualquer dos casos o voto terá sido dado, presumivelmente, contra o interesse da sociedade. Na espécie, essa presunção está mais que confirmada diante das características ruínas do negócio aprovado. A interpretação literal do art. 115, § 1.º, para excluir-se do impedimento o representante legal do acionista, importaria em escancarar-se a porta a fraudes de todo tipo, o que não pode estar no espírito da regra legal.

Por outro lado, não é verdade que somente acionista representando mais de 5% do Capital social possam promover a anulação da deliberação tomada em decorrência do voto de quem estava impedido. A regra do art. 159, § 4.º, invocada pelos réus, diz respeito à ação de responsabilidade civil contra o administrador, não à ação anulatória do art. 115, § 4.º.

Por tais fundamentos, voto dando provimento ao recurso para julgar procedente a ação nos termos do pedido inicial, condenados os réus em custas e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa.